



La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats

Johann Le Bourg

► To cite this version:

Johann Le Bourg. La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats. Droit. Université de Savoie, 2010. Français. <NNT : 2010CHAML013>. <tel-00872649>

HAL Id: tel-00872649

<https://theses.hal.science/tel-00872649v1>

Submitted on 14 Oct 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité Droit Privé

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée et soutenue publiquement par

Johann LE BOURG

Le 5 novembre 2010

La remise de la chose
Essai d'analyse à partir du droit des contrats

Thèse dirigée par Madame le Professeur Geneviève PIGNARRE et
Monsieur le Professeur Philippe BRUN

Jury :

Monsieur Philippe BRUN
Professeur à l'Université de Savoie, directeur de thèse.

Monsieur François CHÉNEDÉ
Professeur à l'Université Rennes 1.

Monsieur Pierre-Yves GAUTIER
Professeur à l'Université Paris II, Panthéon Assas.

Madame Geneviève PIGNARRE
Professeur à l'Université de Savoie, directeur de thèse.

Monsieur Pascal PUIG
Professeur à l'Université de La Réunion, rapporteur.

Monsieur Éric SAVAUX
Professeur à l'Université de Poitiers, rapporteur.

Thèse préparée au sein du Centre de Droit privé et public des Obligations et de
la Consommation de la Faculté de Droit et d'Économie de l'Université de
Savoie, dans l'École Doctorale SISEO

« Prendre, recevoir et demander, voilà le secret en trois mots »¹.

À Marie

¹ P.-A. CARON de BEAUMARCHAIS, *La folle journée ou le mariage de Figaro*, Paris, Ruault librairie, 1785, Acte II, scène 2, p. 38.

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur »

SOMMAIRE

PARTIE 1 Appréhension juridique de la remise de la chose.....19

TITRE 1 Conceptions de la remise de la chose.....23

CHAPITRE 1 La conception traditionnelle de la remise : une opération envisagée par ses effets.....25

CHAPITRE 2 La conception renouvelée de la remise : une operation envisagée en tant que notion 115

TITRE 2 Typologie des remises de la chose 187

CHAPITRE 1 La consécration d'une obligation portant sur la remise 189

CHAPITRE 2 La révélation de remises détachées du contrat 257

PARTIE 2 Intégration des remises de la chose en droit positif 295

TITRE 1 La remise dans le contrat : la nécessité d'une classification 299

CHAPITRE 1 L'obligation de mise à disposition au sein de la *summa divisio* des obligations 301

CHAPITRE 2 Recomposition de la *summa divisio* des obligations..... 367

TITRE 2 La remise détachée du contrat : l'opportunité d'une construction 439

CHAPITRE 1 La recherche d'un régime juridique : la spécificité du modèle... 441

CHAPITRE 2 Le rayonnement du regime juridique : l'exportation du modèle 465

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajoutez
Al.	Alinéa
APD	Archives de Philosophie du droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ., com., conso.	Code civil, de commerce, de la consommation
CA	Cour d'appel
Cass. civ., crim., soc., com.	Cour de cassation, chambre civile, criminelle, sociale, commerciale
CCC	Revue contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Comp.	Comparez
<i>Contra</i>	Au contraire
D.	Recueil Dalloz
Đ.	Digeste
DCFR	Draft common frame of reference
D.H.	Dalloz hebdomadaire
D.P.	Dalloz périodique
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	En dessous
Inst.	Institutes
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	La semaine juridique édition générale
JCP éd. E. ou N.	La semaine juridique édition entreprise et affaires ou notariale et immobilière
Jurisp.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
P.	Page
Préc.	Article précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue des contrats
RD imm.	Revue de droit immobilier

Rééd.	Réédition
Réimp.	Réimpression
Rep. civ.	Répertoire civil de l'encyclopédie Dalloz
Rev. crit. leg. jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RTD civ., com.	Revue trimestrielle de droit civil, droit commercial
S.	Sirey
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Au-dessus
T.	Tome
Trad.	Traduction
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> , au mot
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Les articles que le Diable lui proposa sont tels que ci-après :

Premièrement, que Faust lui promît et jurât qu'il serait sien, c'est-à-dire en la possession et jouissance du Diable.

Pour le second, qu'afin de plus grande confirmation, il lui ratifiât par son propre sang, et que de son sang il lui en écrivît un tel transport et donation de sa personne »².

1 - La remise... premières vues terminologiques. La remise est « l'action de remettre »³. Issu du latin *remittere*, *remettre* signifie notamment « *mettre en la possession ou dans le pouvoir de quelqu'un* » ou, dans un français quelque peu vieilli, « *abandonner* »⁴, d'où notamment les expressions telles "remise de dette" ou "remise de peine". Sans encore aborder les implications juridiques de cette définition et d'un point de vue strictement terminologique, il peut être constaté que la combinaison de ces significations traduit l'existence d'un double mouvement : l'abandon auquel répond la mise en possession. La corrélation entre les idées de transmission et d'abandon se retrouve dans le terme de "tradition", utilisé par le Code civil jusqu'à la réforme du 12 mai 2009⁵, pour désigner la remise. Or comme peut le noter un auteur s'interrogeant sur le sens des termes "tradition" et "livrer", « *à tout le moins, on doit admettre que traduire tradere par abandonner, laisser aller, est chose souvent adéquate* »⁶. Une telle présentation, insistant d'avantage sur la dessaisine du *tradens*,

² G.-R. VIDMANN, *Légende de Faust*, trad. P. CAYET, in J.-W. von GOETHE, *Faust et le second de Faust*, trad. G. de NERVAL, Paris, Michel Lévy, 1868, p. 272.

³ *Le grand Robert de la langue française*, 2^e éd., 1986, V^o Remise.

⁴ *Le grand Robert de la langue française*, op. cit., V^o Remettre ; Adde, *Dictionnaire de L'Académie française*, 1^{ère} éd., 1694, V^o Remettre, où le terme est notamment défini par « *mettre comme en deposit, confier au soin, à la prudence de quelqu'un* ».

⁵ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁶ A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, T. 1, Paris, Sirey, 1935, p. 221.

constituera la source d'une meilleure appréhension de celle-ci par le droit. Si "tradition" est donc le terme juridique pour désigner la mise en possession, la loi du 12 mai 2009⁷ lui a néanmoins substitué l'expression de "remise de la chose" dans le but de rendre le Code plus accessible. La réforme n'a cependant qu'une portée juridique limitée et apparaît, du moins sur ce point, comme une œuvre inachevée. L'article 1138⁸, dans lequel le terme "tradition"⁹ est le plus susceptible d'emporter la controverse, n'a, en effet, subi aucune modification. Aussi, dans la suite de ces développements, les termes "remise de la chose" et "tradition" seront-ils compris comme synonymes. Le terme même de "remise" suscite une autre remarque. Sa largesse permet d'inclure dans les développements, outre les remises originaires – c'est-à-dire non précédées d'une remise préalable – les restitutions, celles-ci étant d'un point de vue matériel identiques aux premières.

2 - La remise de la chose... la distinction entre les choses et les biens.

Qu'est-ce qu'une chose ? La réponse est de prime abord aisée et pourrait être rapportée par de nombreux exemples – une chaise, un arbre, un livre, une idée... – la question serait alors « *la plus simple du monde* »¹⁰. En réalité, il n'en est rien : « *aussitôt que nous voulons définir la chose comme telle, (...), tout se complique immédiatement* »¹¹. Le premier réflexe dans l'élaboration d'une définition de la chose serait de l'opposer à ce qu'elle n'est pas. Telle est la démarche choisie par certains auteurs qui considèrent que « *la chose est ce qui est distinct de la personne* »¹² :

⁷ Art. 10 8° qui remplace « *tradition réelle* » par « *remise de la chose* » à l'article 1606 C. civ. et 9° qui remplace les mots : « *tradition réelle ou feinte* » par « *remise réelle ou fictive* », à l'article 1919 C. civ.

⁸ C. civ. art. 1138, « *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ». Pour une analyse de cet article V. *Infra*, n° 21 et s. et 41 et s.

⁹ À ce titre il est intéressant de noter que les acceptions classique et juridique du terme "tradition" ne sont pas si éloignées. Dans le langage courant elle désigne, en effet, une « *doctrine ou pratique, religieuse ou morale, transmise de siècle en siècle, originellement par la parole ou l'exemple* » (*Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° Tradition). Or qu'elle vise un savoir ou une chose, la tradition est toujours synonyme de transmission.

¹⁰ J.-L. VULLIERME, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, APD T. 24, *Les biens et les choses en droit*, Sirey, 1979, p. 32.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n°8 ; R. ANDORINO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préface F. CHABAS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 263, 1996, n°29 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préface L. AYNÈS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 489, 2007, n°894 ; D'un point de vue strictement juridique, une telle position emprunte grandement au droit romain qui distinguait les personnes, les choses et les actions, Inst. 1, 2, 12, « *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* ».

serait donc une chose ce qui est dépourvu de volonté¹³. Cela ne peut être réfuté – « *c'est l'antithèse absolue* »¹⁴ – mais aboutissant à l'obtention d'une catégorie résiduelle¹⁵, la définition ainsi posée ne saurait suffire¹⁶. Un autre critère doit donc être dégagé¹⁷, mais deux conceptions s'opposent alors. L'une, qu'il est possible de qualifier de classique, voit dans la chose tout « *objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme objet de droits* »¹⁸. La qualification de "chose" ne pourrait alors être attribuée qu'aux corps présentant une certaine matérialité¹⁹. Cette conception réduit

¹³ Cette position semble particulièrement empreinte de la doctrine Kantienne. Suivant Kant, en effet, rien n'est fin en soi sinon l'Homme, les autres choses n'étant considérées que comme des moyens : « *je dis : l'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen pour l'usage que pourrait en faire telle ou telle volonté* » et l'auteur de poursuivre : « *les êtres dont l'existence repose en vérité, non sur notre volonté, mais sur la nature, n'ont toutefois, s'il s'agit d'êtres dépourvus de raison, qu'une valeur relative, en tant que moyens, et se nomment par conséquent des choses ; en revanche, les êtres raisonnables sont appelés des personnes, parce que leur nature les distingue déjà comme des fins en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui ne peut pas être utilisé simplement comme un moyen, et par conséquent, dans cette mesure limite tout arbitre* » (E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, T. I, *Fondation, introduction*, Flammarion, Trad. A. Renault, 1994, 2^e section, p. 107).

¹⁴ J. CARBONNIER, *Les non-sujets de droit révélés par l'antithèse de la chose et de la personne*, in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8^e éd., 1995, p. 197.

¹⁵ Pour une évolution de la distinction entre les personnes et les choses, V. P. BERLIOZ, *op. cit.*, n°854 et s.

¹⁶ V. toutefois appréhendant positivement cette définition négative, J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, chron. p. 229, n°27, « *la chose se comprend de tout ce qui est susceptible d'un rapport à la personne, de tout ce qui peut être objectivé* » ; Adde, partant de l'idée de subordination des choses par rapport aux personnes et qualifiant de chose ce qui présente une utilité pour l'homme, S. BECQUET, *La spécification. Essai sur le bien industriel*, thèse, Lyon 2002, n°18 ; D'un point de vue historique la distinction entre personnes et choses est peut être moins nette qu'aujourd'hui. Particulièrement éloquent est à ce titre le statut de l'esclave. À Rome, l'esclave est considéré comme un Homme (Inst. L. 1, Tit. 3, 4) mais étant la propriété de son maître (Inst. L. 1, Tit. 8, 1), il n'est pas juridiquement une personne et peut, à ce titre, être vendu. Sous l'empire du *Code noir*, (édicte par Louis XIV en 1685 sous le nom d'*Edit du Roy servant de règlement pour le gouvernement et l'administration de justice et la Police des isles françaises de l'Amérique et pour la discipline et le commerce des esclaves dans ledit pays*), l'esclave est expressément traité comme un bien meuble, propriété de son maître, et notamment dépourvu de patrimoine (Art. 28). L'assimilation à la chose n'est néanmoins pas totale. Le même Code oblige, en effet, le maître à procurer à l'esclave une éducation catholique (Art. 2) et ce dernier peut également être responsable pénalement (Art. 33 et s.).

¹⁷ Pour une approche moins juridique V. M. HEIDEGGER, *Qu'est-ce qu'une chose*, trad. J. REBOUL et J. TAMINIAUX, réed. Gallimard, 1971, p. 18, qui propose trois définitions : « *1° La chose au sens du donné à portée de main : une pierre, un morceau de bois (...); les choses inanimées et aussi les choses animées, une rose, un arbuste (...). 2° La chose en un sens qui englobe ce qui vient d'être énuméré, mais aussi les plans, les résolutions, les réflexions, les mentalités, les actions, l'historique... 3° Tout ce qui vient d'être nommé, et en plus tout ce qui d'une manière ou d'une autre, est quelque chose et n'est pas rien* » ; le dernier sens proposé par l'auteur rejoint la définition posée par le *Dictionnaire de l'Académie française*, 6^e éd., 1835, V^o Chose, « *Ce qui est. Il se dit indifféremment de tout; sa signification se détermine par la matière dont on traite* »

¹⁸ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, pub. sous la dir. de G. CORNU, PUF, 5^e éd., 1996 V^o. « Chose »

¹⁹ Telle est, notamment la conception de J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°708 *in limine*, qui affirme que « *toutes les choses ne sont pas des*

toutefois à outrance la notion et peine à qualifier ce qui est « *perceptible par un autre sens que le toucher* »²⁰, d'autant qu'il est admis largement que certaines choses, telles les œuvres de l'esprit, peuvent être dénuées de matérialité. Aussi, l'autre acception envisage-t-elle la notion de façon plus extensive et considère que les éléments incorporels peuvent également recevoir la qualification de chose. Une distinction s'instaure alors entre les choses corporelles, perceptibles par les sens²¹ et les choses incorporelles, perceptibles par l'intellect²² : « *pour bien concevoir les choses immatérielles ou métaphysiques, il faut éloigner son esprit des sens* »²³. C'est donc à une conception large de la notion de chose qu'il convient de se référer : même dépourvue d'existence matérielle, toute entité, à l'exception des personnes et de ce qui se rattache à la personnalité, est donc une chose²⁴.

Si la notion de "chose" est difficile à cerner, celle de "bien" l'est tout autant²⁵. Il est fréquemment affirmé que « *tous les biens (...) sont des choses ; mais [que] toutes les choses ne sont pas des biens* »²⁶, cette maxime traduisant le fait que les biens sont

biens (...) [mais qu'] à l'inverse, tous les biens ne sont pas choses ». L'auteur s'appuie sur le fait que, selon lui, les biens immatériels ne sont pas des choses, et que « *l'immatériel qui a envahi le droit (...) ne nie pas la présence d'une réalité physique dans les biens de sa mouvance. Seulement, c'est d'une autre physique qu'il s'agit : l'énergie est substituée à la matière* » ; la conception matérialiste de la chose est également celle retenue par le BGB. Ainsi le §90 dispose que « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände* » : « *les choses au sens de la loi sont toujours des objets corporels* ».

²⁰ N. BINCTIN, J.-Cl. Civil Code, Art. 565 à 577, Fasc. Unique, *Propriété, – Droit d'accession relativement aux choses mobilières*, 15 février 2009, n°14.

²¹ La seule perception par l'un des cinq sens permettrait d'acquérir la matérialité, en ce sens N. BINCTIN, *Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses*, Communication commerce électronique, Juin 2006, étude 14, n°16.

²² V. par ex. Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2^e éd., 2006, n°22 ; V. déjà GAIUS au D. 1, 8, 1, 1, « *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles ; incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae* » : « *il y a des choses corporelles et des choses incorporelles. Les choses corporelles sont celles qui tombent sous les sens, comme une terre, un homme, un habit, l'argent, l'or et une infinité de choses ; les choses incorporelles sont celles qui ne tombent point sous les sens, comme celles qui consistent en un droit ; par exemple la succession, l'usufruit, les obligations de quelques manières qu'elles soient contractées* ».

²³ R. DESCARTES, *Réponses aux secondes objections aux méditations métaphysiques*, in *Œuvres de Descartes*, publiées par V. Cousin, T. I, Levrault, Paris, 1824, p. 413.

²⁴ Rappr. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. IX, *Traité de la distinction des biens*, T. I, Paris, Durand, Hachette, 1861, 2^e éd., 1861, n°9, « *le mot choses, dans la flexibilité indéfinie de ses acceptions, comprend tout ce qui existe, non seulement les objets qui peuvent devenir la propriété de l'homme, mais même tout ce qui, dans la nature, échappe à cette appropriation exclusive : l'air, la mer, le soleil, etc.* ».

²⁵ Elle serait même « *impossible* », C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, APD T. 24, op. cit., p. 259 et s.

²⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. V, *Des biens*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, n°10 ; C. DEMOLOMBE, op. et loc. cit.

dotés d'un attribut dont les choses sont dénuées : l'empreinte de l'Homme. En doctrine deux présentations s'opposent. Presque inconnue en droit romain²⁷ qui lui préférerait le terme chose, la notion de bien divise. Pour certains, les biens seraient « toutes les choses qui, pouvant procurer à l'Homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée »²⁸. Dans un sens relativement proche, d'autres estiment que c'est le caractère appropriable d'une chose qui lui donne la qualité de bien²⁹. Devraient donc être considérés comme des biens les choses pouvant faire l'objet d'un droit de propriété³⁰. Néanmoins, l'utilité et la propension à être approprié ne semblent guère rendre compte de la notion de bien. Tout d'abord, l'utilité doit être écartée comme condition du passage de la qualification de chose à celle de bien³¹. Le

²⁷ Deux définitions sont toutefois présentes dans le livre 50 du Digeste et lient la notion de bien à celle d'utilité. *Đ. 50, 16, 49, « "Bonorum" appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequae bonis adnumerabuntur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur »* : « le terme de biens s'entend de ceux que l'on possède naturellement ou d'après la fiction du droit civil. On entend par possession naturelle celle dont on est gratifié par la nature, c'est-à-dire qui vient du patrimoine et procure une aisance propre à rendre heureux. Mais on doit observer que dans le nombre des biens on fait rentrer non seulement ceux dont on a la propriété naturelle mais aussi ceux que l'on possède de bonne foi, et dont on n'a que la superficie. On met également au nombre des biens ce que l'on a acquis par actions, demandes et poursuites : car toutes les choses que nous obtenons de cette manière sont censées être civilement dans nos biens ». *Đ. 50, 16, 83, « Proprie "bona" dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent »* : « on ne peut proprement appeler "biens" les choses qui sont plus nuisibles qu'avantageuses ».

²⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *op. et loc. cit.* ; C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, Litec, 9^e éd., 2007, n°1 ; Rapp. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°15, « les biens sont les choses qui peuvent être utiles à l'homme pour la satisfaction de ses besoins ou de ses jouissances ».

²⁹ V. par ex., J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.* ; R. LIBCHABER, *Rep. civ. Dalloz, Biens*, septembre 2009, n°7.

³⁰ Comp. C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français, essai sur les biens, la propriété et la possession*, avant-propos F. CHABAS, préface C. ATIAS, L'harmattan, 2009, n°37 et s., et spéc. n°74, « les biens sont les choses auxquelles est attachée une valeur économique » ; Adde, A. PIEDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, Montchretien, Éditions techniques, 1986, p. 61, « le schème de bien est ontologiquement une valeur au sens métaphysique » ; Ph. Le TOURNEAU, *Le parasitisme dans tous ses états*, D. 1993, p. 310, « cette notion de valeur économique ou, ce qui revient au même, de bien juridique ». Toutefois, si lier la valeur et les biens aurait pour mérite d'unifier les conceptions juridiques et économiques, l'analyse ne semble pas appropriée. La notion même de valeur est fuyante et polysémique, comme en atteste notamment la distinction entre la valeur d'usage et la valeur d'échange mise en lumière par ARISTOTE (*Éthique à Eudème*, III, 4, 1231, b, 39 et s.) et prolongée par A. SMITH (*Recherches sur la nature et les causes de la richesses des nations*, trad.. G. Gabnier, T I, Paris, Guillaumin, 1813, p. 35), qui affirme que « des choses qui ont la plus grande valeur en usage n'ont souvent que peu ou point de valeur en échange ; et, au contraire, celles qui ont la plus grande valeur en échange n'ont souvent que peu ou point de valeur en usage. Il n'y a rien de plus utile que l'eau, mais elle ne peut presque rien acheter ; à peine y a-t-il moyen de rien avoir en échange. Un diamant, au contraire, n'a presque aucune valeur quant à l'usage, mais on trouvera fréquemment à l'échanger contre une très grande quantité d'autres marchandises ». Par ailleurs, comme il a pu être relevé, le risque inhérent à la détermination de la notion de bien en contemplation de la valeur est « que tout puisse être qualifié de bien » (P. BERLIOZ, *op. cit.*, n°20).

³¹ En ce sens, V. P. BERLIOZ, *op. cit.*, n°930 et s.

lien entre l'utilité, c'est-à-dire la substance juridique de la chose et la notion de bien³² a pour défaut de « *confondre l'avantage que l'on peut retirer de la chose, grâce au droit que l'on a sur elle, avec le bien* »³³. Ensuite, une telle conception aurait, par exemple, pour effet de qualifier une *res nullius* de bien³⁴, puisque celle-ci peut présenter une utilité pour l'Homme et peut, par ailleurs, être appropriée³⁵. Or dans ce cas, le passage de la qualité de chose à celle de bien s'opère par l'occupation. Il semble donc préférable de considérer que c'est l'appropriation qui permet d'attribuer à une chose la qualification de bien³⁶. Telle est, d'ailleurs, la définition retenue par l'Avant-projet de réforme du droit des biens qui dispose à l'article 520 que « *sont des biens (...) les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels* »³⁷.

³² V. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°19 et s., qui opère la distinction entre la substance civile ou juridique de la chose et sa substance matérielle, seule la première permettant l'attribution de la qualification de bien. L'exemple cité par l'auteur révèle alors sa pensée (n°21) : « *supposez qu'un navire, un moulin ou toute autre construction ait été l'objet de tant de réparations successives, qu'il n'y reste plus rien des anciens éléments dont il avait d'abord été composé. La substance physique a péri sans doute ; elle a été complètement changée, renouvelée ; mais la substance juridique est au contraire toujours restée la même ; c'est toujours le même être (...) ; c'est toujours enfin le même bien* ». Et de poursuivre (n°22), « *mais voici que ce moulin, ce navire (...) sont détruits, désassemblés, démolis. Physiquement la substance est toujours là, et les éléments naturels n'ont pas changé. Civilement la substance a cessé d'être, (...) il est vrai qu'il y a encore là une certaine quantité de biens : des pierres, du bois (...) ; mais plus de moulin, plus de navire (...) ; ce bien là, il a péri !* ».

³³ P. BERLIOZ, *op. cit.*, n°932.

³⁴ Les choses sans maître sont celles qui « *ne sont pas appropriées mais [qui] sont appropriables* », F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n°8.

³⁵ *Contra*, M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, Paris, LGDJ, 1926, n°51, qui considèrent que « *les choses susceptibles d'appropriation sont considérées comme des biens, non seulement quand elles ont un maître, mais même pendant qu'elles n'en ont pas. On dit alors que ce sont des biens "vacants" ou "sans maître"* ».

³⁶ En ce sens, V. par ex., F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n°2, « *constitue (...) un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* » ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, n°1716, « *le bien doit être défini comme une chose appropriée et saisissable* » ; Rapp. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, sous la dir. de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, les biens*, LGDJ, 2000, n°1, les choses « *ne sont des biens que si elles sont objets de droit exprimant les pouvoirs que des personnes détiennent sur elles* », pour ces auteurs toutefois, au sens large, les biens sont « *essentiellement des droits ayant une valeur économique* » ; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd., 2007, p. 39, « *c'est en entrant dans un patrimoine que les choses matérielles acquièrent la qualification juridique de "biens"* ».

³⁷ Comp. la définition de la notion de "bien" posée par la Cour européenne des Droits de l'Homme : « *certaines droits et intérêts constituant des actifs* », CEDH *Oneryildiz c/ Turquie*, 30 novembre 2004, AJDA 2005, p. 550, obs. J.-F. FLAUSS ; *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 4^e éd., 2007, p. 659 et s. comm. J.-P. MARGUÉNAUD. Pour un exemple d'interprétation particulièrement large de la notion de bien V. par ex. CEDH 29 mars 2010, *Depalle c/ France* et *Brosset-Triboulet et autres c/ France*, JCP éd. E., 19 avril 2010, 2140, comm. Ph. YOLKA ; D. 2010, p. 2024, comm. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, qui érigent en bien « *l'intérêt patrimonial à jouir d'un immeuble* » protégé au titre du respect du droit de propriété. La portée d'une telle définition vis-à-vis du droit interne doit néanmoins être relativisée, la Cour affirmant l'autonomie de la notion de bien entre le droit de la Convention européenne de

En ce sens, il semblerait plus adapté de traiter de "la remise du bien" que de "la remise de la chose" puisque pour être remise, la chose doit avoir préalablement fait l'objet d'une appropriation par le remettant, ou l'auteur du remettant. Pour autant, il est frappant de remarquer que le Code civil n'utilise pas la première expression et lui préfère la seconde. Cela se comprend : avant d'être un bien, l'objet de la remise est une chose. En outre, dans le Code, les termes de "biens" et de "choses" semblent avoir un domaine précis d'applications. Alors que le premier est essentiellement utilisé dans le deuxième livre consacré expressément aux biens³⁸, il n'y est que rarement fait référence dans le troisième livre³⁹, les codificateurs lui préférant le second. Le terme "chose" est ainsi principalement utilisé dans les parties consacrées aux obligations. Il n'apparaît donc pas erroné et plus en adéquation avec la lettre du Code et les récentes modifications législatives de retenir l'expression "remise de la chose".

Une dernière question se pose alors : toute chose est-elle susceptible d'être remise ? Si la remise d'une chose corporelle ne semble guère poser de problèmes, plus délicate est la question de la remise de certains biens incorporels. Il peut, tout d'abord, être affirmé que les droits peuvent être remis. Le Code civil prévoit explicitement leur tradition en exécution d'une vente, en affirmant qu'elle s'opère « *ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* »⁴⁰. Ensuite, force est de constater que l'idée de remise se concilie mal avec certaines choses dotées d'une nature particulière telle, notamment, une information. La nature de chose pour l'information n'est pas douteuse⁴¹. Depuis un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 janvier 1989⁴², la jurisprudence retient la possibilité de sanctionner le vol d'information, indépendamment de la soustraction du support. Le vol étant « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁴³, à défaut de chose, cette infraction ne saurait être caractérisée. Si une

sauvegarde des droits de l'Homme et les droits internes (CEDH, *Gasus Dosier c/ Pays-Bas*, 23 février 1995).

³⁸ Art. 516 à 710 C. civ.

³⁹ Art. 711 à 2279 C. civ. Dans la version d'origine du Code civil, seuls les articles 1767 et 1768 relatifs au bail rural visaient le terme de "bien".

⁴⁰ Art. 1607 C. civ.

⁴¹ Le débat se cristallise plus sur le point de savoir si l'information n'est qu'une chose ou si elle pourrait être qualifiée de bien. Pour certains, l'information doit être qualifiée de chose incorporelle, susceptible de devenir un bien au moment « *où l'on envisagerait de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer* » (J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, préc., n°29). Pour d'autres, elle serait « *un message communicable à autrui par un moyen quelconque* » (P. CATALA, *La propriété de l'information*, in Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, n°6). Dans cette seconde acception, l'information serait toujours un bien.

⁴² Cass. crim. 12 janvier 1989, Bull. crim. n°14.

⁴³ Art. 311-1 C. pénal.

information peut donc être volée, il paraîtrait alors logique d'affirmer qu'elle peut être remise. Pour autant, le fait qu'une information fasse l'objet d'une remise, indépendamment de la remise de son support, peut laisser dubitatif. En considérant que la remise traduit aussi bien l'abandon de la chose que sa prise de possession, il n'est guère évident que matériellement l'information soit remise : en effet, le *tradens* n'abandonne pas véritablement l'information. Il continue d'en jouir malgré sa transmission : en quelque sorte l'information peut être transmise, mais non véritablement remise⁴⁴. En conclusion, si seules les choses et les biens peuvent être remis, tous ne peuvent être remis.

3 - La remise de la chose analysée à partir du droit des contrats... un élément du « droit commun spécial des contrats »⁴⁵ ? La tentative de classification des contrats spéciaux est une entreprise récurrente, mais comme le note un auteur, « *la fresque des contrats spéciaux est devant nous comme une voie lactée. Le firmament des conventions est constellé de points plus scintillants que lumineux* »⁴⁶. Les contrats spéciaux présentant un ensemble « *touffu et peu cohérent* »⁴⁷, la doctrine s'évertue à substituer aux différentes classifications des contrats proposées par le Code – synallagmatiques ou unilatéraux, commutatifs ou aléatoires, consensuels, réels ou solennels par exemple – des critères de qualification présentés comme étant plus adaptés, afin de leur appliquer des dispositions adéquates. Le critère classiquement retenu est alors celui de l'objet du contrat, ou plutôt de l'obligation fondamentale⁴⁸, c'est-à-dire « *la prestation autour de laquelle se noue l'accord de volontés, la prestation en l'absence de laquelle les parties n'auraient pas songé à conclure le contrat et qui absorbe l'utilité économique du contrat* »⁴⁹. Dans cette conception, fondée sur la notion de prestation caractéristique⁵⁰ et empruntant grandement à l'article 1101 du Code civil, deux grands types de contrats

⁴⁴ Bien entendu, cela n'exclut pas l'idée que le document matérialisant l'information puisse, quant à lui être remis. Pour une analyse de certaines remises de document, V. *Infra*, n°378 et s.

⁴⁵ L'expression est empruntée à P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats*, in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 et s.

⁴⁶ G. CORNU, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 100.

⁴⁷ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface J. BRETHER de la GRESSAYE, LGDJ, bibliothèque de droit privé T. 91, 1969, p. 10.

⁴⁸ J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 28 et s.

⁴⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2007, n°28.

⁵⁰ Sur laquelle V. par ex. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préface L. AYNÈS, Economica, 2001 ; E. GAVIN-MILAN, *Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux*, RRJ 2003, n°1, p. 121.

s'opposent : les contrats translatifs et non translatifs de propriété. Diverses critiques s'évincent toutefois d'une telle présentation. Tout d'abord, elle est conceptuellement frustrante. Si la première catégorie est balisée – ne sont concernés que les contrats emportant une obligation de *dare*⁵¹, c'est-à-dire de transférer la propriété – la diversité de la seconde conduit à créer une classification refuge et résiduelle⁵² : celle dont les contrats emportent une obligation de faire, dont la substance n'est guère définie par le Code⁵³. Ensuite, il peut être reproché à la classification d'aboutir à des résultats quelque peu antithétiques avec l'esprit même du contrat. Ainsi, elle aboutit à classer le prêt de consommation dans la même catégorie que la vente, en raison du transfert de propriété, alors même que celui-ci n'y est « *pas tant un effet recherché par les parties, qu'une conséquence inéluctable de l'objet du contrat* »⁵⁴. Établir une classification rationnelle des divers contrats spéciaux serait alors une entreprise vouée à l'échec⁵⁵. Partant, certains auteurs proposent d'opérer une distinction notamment entre les contrats portant sur les choses, ou plus précisément sur les remises de choses et ceux portant sur les services⁵⁶. Néanmoins, de l'aveu même de ces auteurs, la proposition peut paraître artificielle. La notion de services⁵⁷ est fuyante et peut, en un sens, mener à distinguer de nouveau entre contrats translatifs et non translatifs de propriété. De plus, même si la catégorie des contrats portant sur les remises de choses peut paraître « *unie* »⁵⁸ – puisqu'ils tendraient à la réalisation d'un objectif commun : permettre au bénéficiaire de la remise d'en retirer des utilités et des avantages – la présentation pêche en un point⁵⁹. De nombreux contrats emportent, en

⁵¹ Dont l'existence est néanmoins douteuse, sur ce point, V. *Infra*, n° 247 et s.

⁵² F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. et loc. cit.*, « *l'inconvénient de cette division tient à ce que sa première partie est cohérente et systématisée, alors que sa seconde partie est ouverte et recouvre des contrats qui ne se ressemblent que parce qu'ils ne sont pas translatifs* ».

⁵³ V. *Infra*, n° 253 et s.

⁵⁴ J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n°10001 ; pour une analyse du transfert de propriété dans le prêt de consommation, V. *Infra*, n° 50 et s.

⁵⁵ V. par ex. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, T. II, LDGJ, 2^e éd., 1947, n°2301 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Litec, 5^e éd., 2007, n°15, qui relèvent que « *comme le suggère le Code civil, n'est-ce pas en définitive la pluralité de classifications qui s'impose ? Il faut admettre la combinaison des classifications. Ces dernières se coupent et se recoupent, et les contrats figurent dans les intersections de ces ensembles* ».

⁵⁶ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n°16 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°30.

⁵⁷ Pour une proposition de définition de la notion de services V. *Infra*, n° 284.

⁵⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n°17.

⁵⁹ Rapp. A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, PUF, 2001, n°6, qui considère que si la distinction des contrats portant sur les biens et des contrats portant sur les services est apparemment simple, elle « *est à la vérité impraticable (...) parce que superficielle. (...) elle fait fi de l'ancrage*

effet, une remise de la chose, sans que celle-ci constitue l'essence de l'opération. Tel est, par exemple, le cas d'un contrat d'entreprise, qui peut aboutir à la délivrance d'un bien. En tant que telle, la remise ne peut donc être érigée en mode de classification des contrats spéciaux. Regrouper les contrats emportant une remise en une catégorie ou en famille indépendante n'aurait guère de sens. Comme il a en effet pu être relevé, « *il semble qu'en dehors de la possibilité de regrouper tous les contrats, une bonne classification doit aboutir à la mise en œuvre d'une réglementation générale minimum, attachée à chaque catégorie de contrats, qui s'appliquera automatiquement à chaque contrat spécial nouveau non réglementé dès que l'on aura déterminé la catégorie à laquelle il appartient* »⁶⁰ ; or, la diversité de ce type de contrat étant si importante, tenter d'y appliquer un régime unique serait vain.

Face à cette situation, une partie de la doctrine, s'interrogeant sur l'éventuelle existence d'une théorie générale des contrats spéciaux⁶¹, propose de regrouper les contrats de façon plus fonctionnelle, par « *familles* »⁶². L'idée consisterait donc à « *intercaler, entre le droit commun du contrat, considéré en général, et les droits propres à chaque espèce de contrat, considérée en particulier (...) une théorie générale intermédiaire* »⁶³ qui se distinguerait des deux premiers corps de règles. Différentes propositions de découvertes de familles de contrats peuvent alors être relevées⁶⁴. Pour certains, la « *classification de l'avenir* »⁶⁵ serait celle opposant les

historique de chaque contrat ou même des grands types de classification proposées par le droit romain (...). Au demeurant, son avenir se trouve quelque peu oblitéré par le surgissement – fort discutable d'ailleurs – de la notion consumériste de "vente de services" (...) ou plus récemment encore de celle de "consommateur de soins" ».

⁶⁰ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 122.

⁶¹ V. J. CARBONNIER, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, préc., p. 31, qui affirme qu'il serait « *utile de réserver dans [le titre III du livre III du Code civil] une place pour la théorie générale des contrats spéciaux. D'une telle théorie nous avons l'amorce dans les articles 1101 et suivants – la classification des contrats – et surtout dans l'article 1107 – le contrat innommé. Mais il y faudrait davantage : des règles sur la qualification, sur la possibilité et le traitement des contrats mixtes* » ; et de Ph. JESTAZ, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, op. cit., p. 135, selon qui « *les contrats sont aujourd'hui si nombreux et ressemblants que la matière appelle une nouvelle réflexion : pour relever le défi du législateur, pour rendre justice – tout de même – à ses créations marquantes et pour mettre un frein à la diaspora du contrat, il faut, de toute urgence, inventer une théorie générale des contrats spéciaux* ».

⁶² Selon l'expression de G. CORNU, op. et loc. cit.

⁶³ L. CADIET, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, préface G. CORNU, Economica, 1987, p. 30.

⁶⁴ Il peut être noté que les méthodes proposées divergent. Pour certains, (P.-Y. GAUTIER, *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux*, RDC 2006, p. 610 et s. spéc. n°14) « *le seul intérêt véritable d'une recodification – qui plaide "pour le droit constant", on en rougit ! – serait de faire entrer dans le Code civil des lois extérieures qui lui appartiennent pourtant par essence : tous les baux non commerciaux, la sous-traitance, la copropriété, les mandats spéciaux de toutes sortes, en commençant par l'immobilier, etc.* », et de conclure que « *s'il y a des "théories générales" à établir d'urgence, c'est probablement "à l'intérieur de chaque contrat", par l'énoncé de ses ramifications : théorie du bail, du mandat, du dépôt, etc.* » ; pour

« *contrats entre professionnels, les contrats entre professionnels et profanes (que l'on appelle parfois les contrats mixtes) et les contrats entre particuliers* »⁶⁶. D'autres proposent de regrouper les contrats en fonction de la nature des biens en cause dans le rapport d'obligations⁶⁷, relevant par exemple que « *la pertinence d'une théorisation des biens intellectuels n'est pas douteuse* »⁶⁸. Pour séduisantes que soient ces propositions, leur adaptation aux évolutions de la pratique n'est pas assurée. Aussi, jetant les bases d'un nouveau type d'unification des contrats spéciaux un auteur peut-il proposer de « *décloisonner les qualifications par des théories spéciales* »⁶⁹ en renonçant « *au classement en quelque sorte vertical que nous connaissons au profit de régimes transversaux s'attachant non plus à opposer des contrats définis les uns aux autres, mais à établir un corps de règles lié à l'objet et à la fonction de tel ou tel type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient de s'insérer* »⁷⁰. Si l'idée ayant pour objectif d'unifier le régime des obligations rencontrées dans les contrats spéciaux est attrayante, force est de constater que les contrats ne se résument pas à la production d'obligations. L'entreprise pourrait donc se montrer plus large. Il conviendrait alors « *de dégager un droit commun des opérations contractuelles élémentaires, lesquelles mettent en œuvre plusieurs obligations rassemblées en vue d'une finalité commune (...). Chacune de ces opérations pourrait*

d'autres, il conviendrait de s'attacher à la fonction économique du contrat, autrement dit, à « *l'opération que chaque contrat permet de réaliser* », J.-J. BARBIÉRI, *Pour une théorie spéciale des relations contractuelles*, RDC 2006, p. 621 et s. ; Sur les différentes théories proposées, V. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préface Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 509, 2009, n°71 et s.

⁶⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n°53, 2^o.

⁶⁶ *Ibid.* La jurisprudence semble, dans une certaine mesure retenir cette qualification en matière de prêt de consommation, celle-ci distinguant entre le prêt d'argent consenti par un établissement de crédit qui s'analyse en contrat consensuel, et celui conclu entre particuliers qui demeure un contrat réel, sur ce point, V. *Infra*, n° 74.

⁶⁷ F. COLLART-DUTILLEUL, *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens*, RDC 2006, p. 604.

⁶⁸ *Ibid.* À ce titre l'auteur relève qu'il y a « *matière à l'élaboration d'une théorie générale propre à l'ensemble des contrats spéciaux portant sur les biens intellectuels, au moins à l'égard de l'effet translatif et à l'égard de la protection de la partie faible* ». L'auteur poursuit son raisonnement en proposant de regrouper dans une famille les différents contrats relatifs aux biens agroalimentaires (p. 607 et s.).

⁶⁹ A. BÉNABENT, *Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 250.

⁷⁰ A. BÉNABENT, préc., p. 251 ; Rapp. D. MAINGUY, *Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?*, RDC 2006, p. 615 et s., spéc. n°5 p. 619, qui propose l'instauration d'une véritable « *théorie générale des contrats* », et affirme qu'« *il serait de bonne méthode de proposer une conception globale et unitaire de mécanismes communs : le transfert de propriété, le transfert des risques, la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés, ou la garantie de conformité..., appliqués à tous les contrats qui les rencontrent et, éventuellement, en adaptant leur régime de*

ainsi se combiner avec d'autres au sein de figures contractuelles complexes sans que la qualification du contrat soit un obstacle à l'application simultanée des régimes »⁷¹. L'objectif ne serait donc pas de rassembler les contrats dans des familles trop larges et dont les rapprochements se révéleraient trop artificiels ou trop vite datés par les évolutions de la pratique. Il consisterait plutôt en la découverte d'éléments, constituant ou non des obligations⁷², transcendant un seul type de contrat, pour s'appliquer à l'ensemble des opérations dans lesquelles ils ont vocation à intervenir, qui formeraient alors un « *droit commun spécial des contrats* »⁷³. Si différentes obligations comme les obligations de sécurité, de conformité ou de conservation, ou des effets du contrat comme le transfert de propriété, viennent aisément à l'esprit, d'autres éléments doivent être systématisés.

Parmi ceux-ci, la remise de la chose semble présenter les caractéristiques de transversalité nécessaires pour prétendre à son incorporation au sein d'un droit commun⁷⁴ spécial des contrats⁷⁵. Ne constituant pas nécessairement une obligation, elle est susceptible d'intervenir à différents titres tout au long du processus contractuel : en tant que condition de formation⁷⁶, en tant qu'obligation⁷⁷, voire comme outil permettant la liquidation du rapport d'obligations⁷⁸. À supposer que puisse être dégagé un modèle de remise de la chose en droit des contrats, celui-ci pourrait, en outre, avoir vocation à s'appliquer hors des contrats. Nombreuses sont les situations, généralement gratuites et analysées comme des contrats de bienfaisance, qui se détachent toutefois du modèle contractuel, faute d'en présenter tous les éléments. Or la découverte d'un modèle de remise de la chose dépassant l'étude

telle manière qu'ils puissent convenir à chacun des contrats spéciaux » ; P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats*, préc.

⁷¹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., 2009, n°11.

⁷² P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats*, préc., p. 851, « *le droit commun spécial doit encadrer plus que de simples obligations mais moins que des contrats* ».

⁷³ P. PUIG, préc., p. 831, l'auteur préfère cette expression à celle de « *droit commun des contrats spéciaux (...)* en ce sens que la spécialité s'attache moins aux contrats eux-mêmes qu'au droit qui les régit. Il s'agit bien d'un droit commun puisqu'il transcende les catégories contractuelles connues, mais il s'agit aussi d'un droit spécial en ce qu'il n'a pas vocation à régir tous les contrats mais seulement ceux qui mettront en œuvre l'une des opérations élémentaires précitées ».

⁷⁴ L'idée de droit commun s'entend ici d'un « *ensemble de dispositions positives ayant vocation à régler les problèmes juridiques* », É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface, J.-L. AUBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 264, 1997, n°36.

⁷⁵ L'idée est d'ailleurs proposée, à demi-mot par A. BÉNABENT, préc., p. 252, qui vise « *le transfert de détention* », mais l'auteur ne l'envisage qu'en tant qu'obligation.

⁷⁶ V. *Infra*, n° 65 et s.

⁷⁷ V. *Infra*, n° 96 et s.

⁷⁸ V. *Infra*, n° 82 et s.

ponctuelle qui en est classiquement faite, permettrait dans certaines hypothèses d'analyser sous un jour nouveau ces opérations⁷⁹.

4 - Des remises à la remise... essai de découverte d'un modèle. Cette étude a donc pour objet de dégager les éléments caractéristiques des remises afin d'établir un modèle de la remise. Il peut, en effet, être constaté que si la remise de la chose, envisagée globalement a nourri le débat doctrinal au XIX^e siècle⁸⁰, elle ne fait plus aujourd'hui l'objet que d'analyses ponctuelles visant à établir son rôle dans tel ou tel contrat. Ainsi, les développements qui lui sont consacrés dans les ouvrages récents ont essentiellement pour objectif d'expliquer ses rapports avec le transfert de propriété⁸¹ et son rôle dans les contrats réels⁸². Cela se comprend. Tout d'abord, depuis l'adoption du Code civil, la remise de la chose ne se voit confier qu'un rôle marginal par le droit qui n'a de cesse de la priver de ses effets. Deux exemples sont à ce titre particulièrement frappants. Elle ne serait plus en mesure d'opérer le transfert de propriété, l'article 1138 lui substituant l'échange des consentements ; de la même façon, la catégorie des contrats réels étant en perpétuelle régression, son rôle dans la formation du contrat deviendrait presque marginal. En somme, la tradition aurait « cessé d'être un procédé de technique juridique pour devenir un simple fait matériel d'exécution [ou de formation] du contrat »⁸³. Ensuite, l'étude de la remise en général et non des remises particulières, pourrait paraître vaine, tant elle présente divers visages. Il est, en effet, possible de remarquer que la remise n'est pas traitée de la même façon en fonction des contrats dans lesquelles elle intervient. Elle est ainsi présentée comme un simple fait lorsqu'elle est exigée pour la formation d'un contrat, mais s'intellectualise et se complexifie lorsqu'elle intervient à titre de paiement d'une obligation, comme c'est le cas pour la délivrance dans les contrats de vente ou de bail. Dans ces hypothèses le regard du juriste ne s'attarde plus essentiellement sur la

⁷⁹ V. *Infra*, n° 205 et s.

⁸⁰ V. not. M. CHRISTEA, *De la tradition*, Paris, A. Giard, 1891 ; A. DE BEAUVARGER, *Droit romain: de la tradition; Droit français: de la tradition à titre onéreux des droits réels immobiliers à l'égard des tiers*, Paris, F. Pichon et A. Cotillon imprimeurs, 1881 ; A.-E. BOUVIER-BANGILLON, *De la tradition en Droit romain et dans l'Ancien droit français ; De la transmission de la propriété par l'effet des conventions en droit français actuel*, Paris, F. Pichon imprimeur – librairie, 1877 ; C. VERDALLE, *De la tradition en droit français*, Lyon, Imprimerie du "Courrier de l'Ain", 1899.

⁸¹ V. par ex. R. SACCO, *Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ?*, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 273 et s. ; S. BECQUÉ-ICKOWIZC, *Le rôle de la tradition dans le transfert de propriété*, in *Le code de commerce 1807-2007, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p.473 et s.

⁸² V. par ex. E. GAVIN-MILLAN, *Étude anthropologique de la tradition dans les contrats réels*, RRJ 1996, n°4, p. 1141 et s.

⁸³ J. PARAMELLE, *De l'obligation pour l'acheteur d'effets mobiliers de prendre livraison*, Paris, Jouve et Cie, 1927, p. 8.

remise en elle-même mais sur ses suites et les différentes garanties l'assortissant⁸⁴. Par ailleurs, une certaine gêne de la doctrine, face aux hypothèses dans lesquelles la remise n'intervient pas en exécution d'un contrat ou en tant que condition de formation de la convention, peut être relevée. Il est frappant de noter que, dès lors qu'une remise est sans lien avec une relation contractuelle, nombreux sont les auteurs qui refusent de la traiter comme une opération juridique et qui la rejettent presque systématiquement dans le non-droit : n'étant donc pas un phénomène juridique, elle ne saurait être l'objet d'études particulières. Enfin, accorder une trop grande place à la remise de la chose en droit contemporain pourrait être considéré comme le signe d'une réminiscence d'archaïsmes avec lesquels le Code aurait pourtant entendu rompre. Cet argument doit toutefois être combattu, le Code civil n'a pas constitué en soi une véritable rupture, mais plutôt l'aboutissement d'une lente évolution du droit⁸⁵. Or il est impossible, dans de nombreuses situations, de dispenser les parties d'opérer une tradition. Cariatide des contrats portant sur les transmissions de choses, la remise ne pouvait en être exclue. L'affirmation trouve d'ailleurs particulièrement écho dans les articles 1604 et suivants révélant que le Code « *n'a de la notion de délivrance qu'une conception matérielle* »⁸⁶.

Opérations troublantes, mais, en pratique, sans cesse répétées en raison de leur simplicité d'exécution, les remises semblent en réalité indispensables à la réalisation des échanges de biens. Partant, il serait pour le moins étrange qu'un tel phénomène ne soit pas véritablement saisi par le droit. Si ces différences intrinsèques ne sauraient être niées, il peut être proposé de considérer non les remises en tant qu'opérations distinctes d'un contrat à l'autre, mais la remise en tant que notion transversale du droit des contrats. Il peut alors être remarqué que, du moins d'un point de vue matériel, qu'elle intervienne dans le cadre d'un prêt, d'un dépôt, d'une vente ou d'un bail, la remise d'une chose se traduit nécessairement par les mêmes

⁸⁴ Le phénomène est particulièrement remarquable pour l'obligation de délivrance dans la vente où les principaux développements lui étant consacrés sont orientés sur la conformité. Comme le note un auteur, l'objet de la délivrance « *déborde la seule mise à la disposition de la chose pour s'étendre à la remise d'une chose conforme aux stipulations contractuelles* », (É. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, Defrénois 30 juin 2003, n°12, p. 844).

⁸⁵ V. A. ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, in *Le Code civil, 1804-1904, livre du centenaire*, T. I, Société d'études législatives, réimpr. 1969, Edouard Duchemin, p. 5, « *lorsqu'on analyse la substance de cette grande œuvre, lorsqu'on suit l'histoire de sa rédaction, l'illusion se dissipe. Presque tout ce qu'il contient a été fourni par le droit du passé (...); les éléments vraiment neufs se réduisent à peu de chose. Les rédacteurs du Code, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement à être des créateurs; c'étaient des disciples et non des prophètes* » ; Adde, P.-Y. GAUTIER, *Sous le Code civil des français : Rome (l'origine du droit des contrats)*, in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 51 et s., qui démontre que nombreuses sont les hypothèses où le Code est le prolongement des règles romaines, telles qu'ordonnées par DOMAT et POTHIER ; Pour une illustration de cette évolution, en matière de transfert de propriété, V. *Infra*, n° 11 et s.

⁸⁶ A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n°21.

faits : le passage d'une chose des mains d'un *tradens*, vers celles d'un *accipiens*. Cette remarque peut, en apparence, sembler détachée de ce qu'est juridiquement la remise d'une chose pour ne s'attacher qu'à son aspect physique. Elle constitue néanmoins la base d'une recherche d'un modèle de remise. Elle met, en effet, l'accent sur le fait qu'une remise ne saurait être caractérisée qu'autant qu'elle concerne au moins deux personnes : l'une, initiant le mouvement de la chose et l'autre, le finalisant. Partant, bien que la remise soit une opération unique, elle semble inéluctablement se décomposer en deux mouvements. Ceux-ci sont alors particulièrement perceptibles en matière de vente de meubles corporels. Concluant le chapitre consacré aux obligations de l'acheteur, l'article 1657 du Code civil, impose à ce dernier une obligation de retraitement⁸⁷. Or, alors que la vente de « *denrées et d'effets mobiliers* » est un des contrats dans lequel la remise est particulièrement perceptible, le Code prévoit lui-même sa décomposition en une délivrance et un retraitement. Prolongeant le raisonnement, il peut donc être proposé d'analyser la remise comme la succession de deux actes : le dessaisissement de l'un – que nous qualifierons plus tard de mise à disposition – suivi de l'enlèvement de l'autre. Ce modèle, s'attachant essentiellement à la matérialité de l'opération, semble applicable à toutes les situations impliquant le transport d'une chose : des remises, il est ainsi possible de passer à la remise. Envisagée comme une notion unitaire, la remise pourrait alors être analysée d'un point de vue juridique afin de déterminer son régime.

5 - Explications de la démarche de l'étude : la remise au confluent du droit commun et du droit spécial. Considérer la remise comme une opération identique d'un point de vue purement matériel quel que soit le contrat à l'occasion duquel elle intervient, n'empêche pas que, dans certaines hypothèses, elle présente certaines spécificités, notamment lorsqu'elle intervient en exécution d'un contrat et qu'elle prend donc la forme d'une obligation. N'y aurait-il alors pas quelque paradoxe à considérer que la remise, impliquant nécessairement deux personnes – l'une remettant, l'autre recevant – puisse être une obligation ? Autrement dit, la remise étant envisagée comme la combinaison d'un double mouvement, considérer une obligation de remise reviendrait à obliger les deux parties, la première serait obligée à se démettre de la chose, alors que la seconde devrait se mettre en possession. Assurément, hors l'hypothèse visée par le Code – celle de l'obligation de retraitement – cette présentation n'est pas tenable. Partant, la conception de "l'obligation de remise" doit évoluer afin de prendre en compte la réalité matérielle de la remise. Dès lors, seul le premier des deux mouvements – celui du *tradens* – pourrait avoir vocation à être

⁸⁷ Sur laquelle, V. *Infra*, n° 125 et s.

saisi par le droit en tant qu'obligation. C'est alors une notion issue du droit romain, la « mystérieuse »⁸⁸ obligation de *praestare*, qui paraît être de nature à permettre une analyse nouvelle de ce type d'obligation. À ce titre également, l'étude poursuit son ambition de contribuer à dégager des éléments permettant d'analyser les contrats spéciaux de façon transversale, en s'attachant à proposer une catégorie spéciale d'obligation : celle emportant la remise d'un bien. L'objet est alors de suggérer un dépassement de la traditionnelle opposition des obligations issue de l'article 1101 du Code civil⁸⁹, entre *dare*, *facere*, et *non facere*, pour y intégrer le *praestare*⁹⁰. Son insertion en droit positif ne saurait toutefois être dénuée de conséquences. Seule la systématisation d'un régime lui étant propre pourrait être de nature à justifier sa « redécouverte »⁹¹. L'objectif poursuivi est alors de dépasser les nombreuses hésitations rencontrées par la doctrine et la jurisprudence dans la détermination du régime applicable aux différentes obligations. Les interrogations sont, en effet, nombreuses en la matière : l'existence de l'obligation de donner est controversée⁹² et le rôle et le régime véritables des obligations de faire et de ne pas faire demeurent flous⁹³. Partant, l'intégration d'une catégorie d'obligations portant sur la remise des choses permettrait d'éclaircir cette obscure situation tant en ce qui concerne le champ d'application des catégories d'obligations retenues, qu'en ce qui concerne leur régime juridique ; mais est-ce là un travail relevant toujours de ce « *droit commun spécial des contrats* » ?

⁸⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 et s. n°3.

⁸⁹ C. civ. art. 1101, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁹⁰ Sur cette obligation V. not., G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTD civ. 2001, p. 41 ; I. CORNESSE, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles*, RRJ 2003, n°4, p. 2433 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 39 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préface M. FABRE-MAGAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 441, 2005, n°69 et s. ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préface B. TEYSSIE, Ed. Panthéon Assas, Droit privé, 2002, n°11 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préface A. GHOZI, Economica, 2008, n°170 et s. ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préface É. LOQUIN, l'Harmattan, 2008, spéc. n°118 et s. ; A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, op. cit., n°29 ; pour la conception retenue, V. *Infra*, n° 165 et s.

⁹¹ Selon l'expression de G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, préc.

⁹² V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, préc. ; V. MARCADÉ, *Explication du Code civil*, T. IV, 7^e éd., 1873, Paris, Delamotte et fils, n°478 ; *Contra*, N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse, Montpellier, 1997 ; J. HUET, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 427.

⁹³ V. *Infra*, n° 253 et s.

Selon toute vraisemblance la systématisation d'une nouvelle *summa divisio* des obligations dépasse ce cadre pour rejoindre celui du droit commun du contrat⁹⁴. L'incursion dans cette matière paraît néanmoins justifiée voire indispensable car, comme le notent certains auteurs, « *la distinction du général et du spécial n'est pas absolue* »⁹⁵. Droit commun et droit spécial se nourrissant l'un de l'autre, la saisie d'un modèle, issu du droit spécial, par le droit commun constituerait même un aboutissement⁹⁶. Par ailleurs, une distinction des obligations plus rigoureuse permettrait de jeter les bases d'une classification des contrats spéciaux véritablement ancrée sur leur objet sans se référer à leur éventuel effet translatif ou non translatif de propriété⁹⁷. Si la remise ne saurait être érigée en elle-même en dénominateur commun des contrats spéciaux, fondant ainsi une famille indépendante, envisagée en tant qu'obligation, voire, plus largement en catégorie d'obligation autonome, elle semble en mesure de fonder une distinction pertinente des contrats spéciaux. L'indispensable « *réglementation générale minimum* »⁹⁸, soudant les différents contrats, serait alors constituée par l'unicité du régime juridique des obligations naissant de ces conventions.

6 - Structure de l'étude. Caractérisée par un perpétuel mouvement de balancier entre le droit commun du contrat et les contrats spéciaux, la remise subit la volonté du droit de se défaire du matérialisme. Cette évolution, dictée par la nécessité de s'adapter aux procédés d'échanges modernes pour laisser une plus grande place aux opérations intellectuelles et dématérialisées⁹⁹. Cette évolution pourrait faire

⁹⁴ Ce point de vue n'est toutefois pas partagé par tous, suivant J. CARBONNIER (préc., p. 31), les articles 1101 et suivants constituent l'« *amorçe* », de la théorie générale des contrats spéciaux.

⁹⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, T. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 13^e éd., 2008, n°78.

⁹⁶ Rapp. D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 106, n°20, qui estime que le droit spécial (en l'occurrence le droit de la consommation) « *renforce, dynamise, réactive le droit commun des obligations (...) il en constitue en quelque sorte l'aiguillon* ».

⁹⁷ Comp. P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats*, préc., p. 855 et s., qui considère que l'intégration d'une obligation de *praestare* aux côtés des obligations de *facere*, « *pourrait (...) inspirer une nouvelle classification des contrats spéciaux fondée sur l'objectif économique du contrat. (...) Deux familles de contrats apparaissent en filigrane, que leur fonction économique permet de distinguer. La première regroupe les contrats créateurs de richesses (...). La seconde comprend les contrats qui organisent la circulation des richesses déjà créées (...). La liste est-elle close ? Il me semble qu'une troisième famille devrait être identifiée, celle qui a pour fonction économique de conserver les richesses* ».

⁹⁸ Pour reprendre l'expression de J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 122.

⁹⁹ V. à ce titre le réquisitoire mené par F. COMBESCURE (*Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. leg. jurisp. 1903, p. 477 et s. et spéc. p. 490) contre les contrats réels et la formalité constituée par la tradition réelle, en affirmant que « *le droit marche lentement mais sûrement vers une perfection idéale, qu'il n'atteindra certainement jamais, mais dont il tendra*

songer que la remise ne produit plus les effets qui lui étaient jadis reconnus. Pour autant, la tradition réelle demeure essentielle à la réalisation de la transmission des choses et est à ce titre porteuse de réflexions inédites. Le postulat fondateur de l'étude est donc le suivant : l'analyse systématique de la remise permettra de lui découvrir des potentialités jusqu'alors inexploitées.

Etudiée en contemplation de sa réalité matérielle, la remise peut être appréhendée juridiquement (Première partie). Elle prend alors les traits d'un double mouvement : la dessaisine suivie de la saisine de la chose. Cette conception matérielle, socle intangible de toutes remises, permet de les analyser en un genre unique, ce qui n'exclut cependant pas que le modèle puisse se décliner en différentes espèces. Ainsi la façon dont le droit se saisit de la remise varie selon que celle-ci intervient ou non dans le cadre d'un contrat. Une telle appréhension permet une réinterprétation de l'obligation portant sur la remise. Dans le double mouvement, seul le premier – celui du *tradens* – est systématiquement réglementé. C'est donc par le truchement de l'obligation de mise à disposition que l'obligation portant sur la remise pourra être systématisée. La conception proposée permettra également de découvrir un type particulier d'opérations non contractuelles centrées exclusivement sur la combinaison de la mise à disposition et de la prise de possession.

L'appréhension juridique de la remise justifie sa pleine intégration en droit positif (Seconde partie). En premier lieu, lorsque la remise est contractuelle, il est possible de repenser, puis de reconstruire la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet. L'intérêt de cette intégration n'est pas seulement théorique mais permettra de doter chaque catégorie d'obligations d'un régime juridique adéquat. L'analyse duale de la remise, facilite, en second lieu, l'incorporation dans la sphère du droit des remises intervenant hors des rapports contractuels. Pour être singulière la démarche n'en sera pas moins féconde en ce qu'elle élèvera ces remises au rang de véritables éléments juridiques.

Première partie : Appréhension juridique de la remise de la chose.

Seconde partie : Intégration des remises de la chose en droit positif.

de plus en plus à se rapprocher. Ainsi s'est-il peu à peu dégagé de la grossière matérialité primitive (...) ».

PARTIE 1 APPREHENSION JURIDIQUE DE LA REMISE DE LA CHOSE

7 - Introduction de la première partie : « premières vérités » et « choses difficiles ». Dans les *Règles pour la direction de l'esprit*, DESCARTES enseigne qu'« *il ne faut pas commencer notre étude par la recherche des choses difficiles ; mais, avant d'aborder une question, recueillir (...) les premières vérités qui se présentent, voir si de celles-là on peut en déduire d'autres, et de celles-ci d'autres encore, et ainsi de suite. Cela fait, il faut réfléchir attentivement sur les vérités déjà trouvées, et voir avec soin pourquoi nous avons pu découvrir les unes avant les autres, et plus facilement reconnaître quelles elles sont* »¹⁰⁰. Dans le cadre de la systématisation d'une notion et de ses applications, la logique imposerait de déterminer au préalable la nature puis les applications. Force est alors de constater que les études consacrées aux remises de choses sont essentiellement axées sur la détermination de leurs effets. À la question « *qu'est-ce que remettre une chose ?* », est généralement substituée la question « *qu'entraîne la remise d'une chose ?* ». La logique paraît alors inversée, puisque la notion n'est découverte qu'en fonction de ses conséquences : l'étude des « choses difficiles » précède celle des « premières vérités ». Cette démarche se comprend toutefois et peut s'expliquer aisément. L'image de la remise de la main à la main aidant, il pourrait être affirmé que la remise de la chose ne serait pas une opération particulièrement complexe. Le réflexe tendant alors à ne s'attacher qu'aux conséquences serait donc tout naturel. Pour autant l'étude fonctionnelle de la remise pêche en un point : elle ne permet pas de découvrir une unité à la notion. La remise de la chose serait donc une notion éclatée, qui ne saurait être reçue par le droit que ponctuellement : il n'y aurait que des espèces de remises et non un genre de remise.

Cela surprend, d'autant qu'il peut être remarqué que la remise innerve les relations contractuelles. Or le parallèle entre les différentes situations dans lesquelles la tradition réelle intervient n'est jamais réalisé, faute de s'être préalablement attaché à la découverte des « premières vérités ». Partant, dans l'objectif de pouvoir systématiser la remise de la chose, il peut être proposé de suivre la démarche décrite par DESCARTES. Le postulat de départ est alors simple et correspond à l'inversement des études classiquement menées. L'analyse conceptuelle doit, en effet, précéder l'analyse fonctionnelle : seule l'identification de ce qu'est la remise d'une chose apparaît susceptible de mettre en lumière ses implications véritables. Aussi, à l'observation des « premières vérités », c'est-à-dire la découverte d'une conception

¹⁰⁰ R. DESCARTES, *Règles pour la direction de l'esprit*, Règle sixième, in *Œuvres de Descartes*, publiées par V. Cousin, T. XI, Levrault, 1826, p. 230.

renouvelée de la remise (Titre 1), répond l'analyse des « *choses difficiles* », ici la mise en lumière des différents types de remises (Titre 2).

TITRE 1

CONCEPTIONS DE LA REMISE DE LA CHOSE

8 - Introduction du titre 1 : d'une analyse fonctionnelle à une analyse notionnelle. Dans l'objectif de pouvoir présenter la remise de façon renouvelée, il convient au préalable de s'intéresser à la présentation traditionnelle qui en est faite. Force est alors de constater l'éclatement de l'analyse classique. La doctrine présentant la remise de façon fonctionnelle et non conceptuelle, l'opération n'est jamais envisagée en soi, mais uniquement en contemplation de ses effets. Si les fonctions de la remise font l'objet d'études, la doctrine fait généralement l'économie de la définition. Seules sont donc traditionnellement analysées *les* remises. Classiquement, les études leur étant consacrées sont menées autour de deux axes : le rôle de la tradition réelle dans l'acquisition dérivée de la propriété et dans la formation des contrats. Le constat dressé par la doctrine majoritaire et qui ne peut qu'être rejoint est alors que les remises ne sont guère dotées d'une place significative en droit positif. Une telle conclusion est néanmoins troublante : comment expliquer que le droit marginalise à outrance une opération innervant pourtant les contrats ? Partant, avant de pouvoir nier toute efficience à la remise, il est nécessaire de tenter d'en proposer une définition essentiellement juridique de nature à révéler ses véritables potentialités. Dès lors, afin de déterminer ce que constitue réellement *la* remise, il convient de s'attacher à sa réalité matérielle. Il peut ainsi être remarqué que toute remise peut être scindée en deux temps : l'abandon du bien par le *tradens* auquel répond l'acquisition par l'*accipiens*. Juridiquement ces mouvements se traduisent par les concepts de mise à disposition et d'enlèvement.

La présentation traditionnelle a donc pour unique objet de s'intéresser aux effets de la remise de la chose. Cette démarche se comprend, mais conduit à une impasse tendant à la marginalisation de son rôle en droit positif et à l'absence de définition du concept. Une présentation alternative doit alors être retenue : celle ayant pour objectif de déterminer l'essence de la remise. Partant, dans un premier temps il est possible de mener une analyse critique de la présentation classique pour, dans un second temps, tenter de déterminer ce que recouvre cette notion : à l'analyse

fonctionnelle (Chapitre 1), il est alors possible de substituer une analyse notionnelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE LA REMISE : UNE OPERATION ENVISAGEE PAR SES EFFETS

9 - Présentation des effets traditionnellement attachés à la remise. La doctrine s'intéressant à la tradition réelle s'attache, pour l'essentiel, à en déterminer les effets. Fortement inspirés, en ce sens, par le droit romain, les auteurs présentent alors classiquement la remise sous deux angles : son rôle dans le transfert de propriété et son rôle en tant qu'élément de formation du contrat dans le cadre des contrats réels. À l'issue des analyses, les résultats sont souvent identiques : le transfert de propriété s'opérant par le seul effet des consentements, la remise n'entre pas en compte dans la mutation du droit et le Code civil retenant un mode de formation consensualiste, il n'y a aucune raison de considérer la remise lors de la création du contrat. La conclusion généralement retenue est alors implacable, la remise ne jouerait jamais un rôle important dans les contrats. Ce constat ne peut, d'ailleurs, qu'être rejoint voire, en certains points, amplifié.

Tout d'abord, l'aspect immatériel du droit de propriété conduit à nier l'utilité d'un recours à la tradition réelle en la matière. Cela ne signifie pas nécessairement que le modèle du transfert de propriété *solo consensu* ne souffre jamais d'exceptions. Au contraire, celles-ci sont nombreuses mais, alors même que l'apparence pourrait subordonner la mutation du droit à la remise de la chose, c'est toujours un élément autre qui la provoque ou la consomme. Ensuite, envisagée en tant qu'élément formant la convention, la tradition réelle ne semble présenter d'utilité que dans des hypothèses tellement limitées qu'elles en deviendraient presque marginales. C'est, enfin, indirectement, que l'utilité de la remise, notamment dans les contrats réels, est parfois invoquée en ce qu'elle constituerait la cause de l'obligation de restitution. Néanmoins, ici encore, sa fonction doit être grandement relativisée.

L'analyse classique de la remise en contemplation de ses effets conduit donc à une double marginalisation de la remise : privée de toute efficience dans les contrats translatifs de propriété (section 1), elle voit, en outre, son rôle considérablement réduit dans les autres contrats (section 2).

Section I

Le dépassement de la remise dans les contrats translatifs de propriété

10 - De la tradition réelle à un effet réel du contrat. « *La tradition est une forme d'appréhension. [...]. Quand l'appréhension s'opère avec le concours de l'ancien possesseur qui abandonne sa possession, on la nomme tradition* »¹⁰¹. Les manuels de droit romain étudient classiquement la tradition dans les parties consacrées au transfert de propriété, aux côtés d'autres moyens d'aliénation plus formalistes et solennels qu'elle a pu remplacer, tels la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*. La *mancipatio* est décrite comme une « *véritable comédie extra-judiciaire, comportant ses acteurs, l'aliénateur et l'acquéreur, qui doivent tous deux être présents, et toute une figuration* »¹⁰² composée de témoins. L'*in jure cessio* quant à elle en était proche, à cela près qu'elle avait lieu devant un magistrat. L'avènement de la *traditio*, simple remise de la chose, est le fruit de la recherche de plus de souplesse dans les modes de transmission des biens. Cependant, elle n'a jamais été suffisamment efficace pour opérer, à elle seule, le transfert de la propriété. Son abandon comme condition du transport du droit n'en fut que plus "aisé" à concevoir. L'étude historique de la tradition permet également d'expliquer l'impossibilité de systématiser, même à titre exceptionnel, une mutation de la propriété issue d'une remise de la chose. Au sein du mécanisme translatif de propriété, la tradition a donc vu ses effets diminuer progressivement (§1). De manière similaire, le mouvement de rejet de l'effet translatif de la remise de la chose est prégnant en droit positif malgré l'apparence de certaines résistances parfois soulevées par la doctrine (§2).

¹⁰¹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. II, Librairie Marchal et Billard, 6e éd. Par E. Bartin, 1935, § 179, p. 112.

¹⁰² J.-P. LEVY ET A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 1ère éd., 2002, p. 553, les auteurs citent les Institutes de Gaius 1, 119 et 2, 104.

§ 1. L'abandon progressif de la tradition dans les contrats translatifs de propriété

11 - L'évolution vers un transfert de propriété dématérialisé.

Originellement, la remise de la chose, réelle ou dématérialisée, est impérativement exigée afin de réaliser un transfert de la propriété des biens. Subordonné non seulement à la tradition, mais également à d'autres conditions de fond, le transport du droit est alors une opération strictement encadrée juridiquement, malgré le progrès que ce procédé réalise par rapport aux modes plus primitifs d'aliénation (A). L'évolution de la technique juridique, autorisant l'admission de procédés de remises dématérialisées, combinée à une affirmation plus marquée de la force de la volonté, ont permis l'avènement d'un transfert de la propriété par le seul effet des consentements (B). Cette consécration peut dès lors être considérée comme la continuité d'une logique historique et non comme une rupture brutale.

A. Les liens originels entre tradition réelle et transfert de propriété

12 - La tradition réelle et la circulation des choses. Le rapport entre tradition réelle et transfert de propriété est la marque d'une frontière peu définie et floue en droit romain entre les choses et les droits portant sur ces choses. Cette délimitation mal opérée aboutit à une certaine confusion entre la possession, le pouvoir matériel d'un homme sur un bien, et le droit se rattachant à ce bien. Au-delà de la circulation des droits, c'est la circulation des choses qui prime ; aussi, la remise de la chose n'entraîne-t-elle pas d'elle-même véritablement la transmission du droit, mais plus celle de sa possession (1). La dissociation entre tradition réelle et effet réel du contrat (2), peut ainsi, en partie, s'expliquer par une meilleure distinction entre la propriété et la possession.

1. Une tradition translatrice de la possession des choses

13 - « La tradition est à la possession, en quelque sorte, comme la naissance est à la vie »¹⁰³. Présente dès la loi des Douze Tables¹⁰⁴, la tradition réelle ou remise de la chose est un mode dérivé d'aliénation issue du droit des gens¹⁰⁵, qui n'a que des conditions de fond¹⁰⁶, et qu'il est possible de faire remonter « *au stade pré-juridique des groupements les plus rudimentaires* »¹⁰⁷. Celle-ci ne semble cependant pas aussi ancienne que la mancipation, ou *l'in jure cessio* qui paraissent être, historiquement, les premiers modes de transmission des biens¹⁰⁸. Si, en apparence, la remise de la chose n'apparaît être qu'une seule et même opération, le terme "tradition", en lui-même, ne permet pas de révéler clairement l'intention des parties. Il convient, en réalité, d'opérer une dissociation entre la *nuda traditio* et la *traditio*. La première consiste à concéder volontairement à un tiers une emprise matérielle sur la chose, sans renoncer à *l'animus domini* ; la seconde en revanche, seule capable de transférer la propriété, consiste dans la translation volontaire de la possession proprement dite¹⁰⁹. La tradition réelle peut être le siège de différentes opérations juridiques. Par elle, le *tradens* ou remettant, peut vouloir conférer à

¹⁰³ R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. d'O. de MEULENAERE, T. III, Marescq Aîné, 1877, §50, p. 162.

¹⁰⁴ J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, T. I, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 3e éd., 1844, p. 333 ; Ch. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, T.I, Paris, A. Maresc, 3e éd., 1876, p. 483 : « il est (...) probable que la loi des Douze Tables parlait réellement de la tradition ».

¹⁰⁵ Le terme "droit des gens" est ici employé dans ce qui semble être son troisième sens historique, c'est-à-dire, des « règles applicables aux peuples dominés et aux rapports entre citoyens romains et étrangers ». Le premier sens historique étant celui de « règles réglant les rapports entre les peuples italiques », le deuxième étant « les règles régissant les rapports de Rome et de ses citoyens avec les peuples étrangers ». La signification précise de l'expression "droit des gens" en droit romain est toutefois débattue. Comme le note un auteur, pas moins de cinq significations peuvent être retenues : « 1. droit commun des peuples italiques, droit commun des peuples tout court ; 2. droit naturel ; 3. droit international privé et, en ce sens droit interne ; 4. droit international public ; 5. droit international tout court », S. LAGHMANI, *Histoire du droit des gens, du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, A. Pedone, 2003, p. 11.

¹⁰⁶ J.-P. LEVY ET A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 563 : « La tradition n'est pas un acte formaliste, mais un acte réel, où l'essentiel est la res, la possession de la chose ».

¹⁰⁷ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Domat, Montchrestien, 3e éd., 2009, p. 237.

¹⁰⁸ Voir en ce sens H. SUMNER-MAINE, *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Paris, Guillaumin, 4e éd., traduction par J.-G. Courcelle-Seneuil, 1874, p. 262 ; A. De BEAUVERGER, *Droit romain: De la tradition; Droit français: De la tradition à titre onéreux des droits réels immobiliers à l'égard des tiers*, thèse, Paris, F. Pichon et A. Cotillon imprimeurs, 1881, qui considère toutefois que « si la tradition est postérieure à la mancipation, on peut dire que celle-ci, à côté des solennités requises, contenait déjà une véritable tradition de la chose », p. 11.

¹⁰⁹ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. I, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3e éd., 1879, n°225.

l'*accipiens* la simple détention, la possession, ou la propriété de la chose. À toutes les époques, cependant, et quelles que soient ses fonctions, la tradition a toujours eu le caractère d'un simple fait matériel¹¹⁰, et a toujours consisté dans la remise d'un objet à un acquéreur.

14 - Le régime spécial de la tradition romaine en matière d'actes translatifs de propriété : « l'intime relation entre tradition et possession »¹¹¹.

La *traditio* sert à transférer la propriété du droit des gens aux pérégrins, qui ne sont pas susceptibles d'être les sujets d'un droit de propriété quiritaire¹¹², ainsi que la propriété provinciale. À l'époque de GAIUS et d'ULPIEN, elle est le moyen d'aliéner la propriété des choses *nec Mancipi*¹¹³ entre citoyens romains¹¹⁴. À la suite de l'abolition de la distinction entre choses *Mancipi* et *nec Mancipi* par JUSTINIEN, la *traditio* permet d'acquérir la propriété civile sur toutes les choses¹¹⁵. Cependant, la remise de la chose n'opère pas elle-même le transfert de la propriété, elle ne va en transférer que la "possession physique"¹¹⁶, ce qui ne rend pas, en soi, propriétaire. La réalisation d'une tradition réelle, contenant l'intention réciproque de transporter la propriété entre les parties, permet alors une remise de la "possession légale"¹¹⁷. C'est la possession, remise par le *tradens*, jointe à la volonté des parties, qui produit la propriété. Il est donc possible de déduire que le fait physique de la tradition est à lui seul impuissant à transporter la propriété, s'il n'est accompagné de l'élément intentionnel que constitue la *justa causa traditionis* qui « gît dans l'accord des deux volontés tendant l'une à

¹¹⁰ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^e éd., 1929, p. 316.

¹¹¹ J.-L.-E. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 399.

¹¹² P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 316.

¹¹³ La distinction entre les *rei Mancipi* et les *rei nec Mancipi* est propre au droit romain. L'idée générale est que certaines choses constituent une catégorie privilégiée, sur laquelle le *paterfamilias* exerce un pouvoir (ou *Mancipium*). Les *rei Mancipi* bénéficient donc d'une protection juridique spéciale car il s'agit de biens essentiels à l'exploitation agricole (les fonds de terre avec les servitudes foncières établies à leur profit et les édifices qui y sont construits, les esclaves et les grands animaux domestiques). Toutes les autres choses sont des *rei nec Mancipi*. Ainsi, les *rei Mancipi* représentaient les biens les plus précieux de l'économie rurale primitive.

¹¹⁴ Ulp. Reg. 19.7, « *traditio, proprie est alienatio rerum. Nec Mancipi rerum dominia, ipsa traditione deprehendimus : scilicet, si ex justa causa traditae sunt nobis* » : « la tradition n'a lieu que pour le transport des choses *nec Mancipi*, c'est par la seule tradition que nous acquérons la propriété de ces sortes de biens, pourvu toutefois qu'elle nous ait été délivrée par juste cause ».

¹¹⁵ P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 316.

¹¹⁶ C. ACCARIAS, *op. cit.*, définit la tradition comme « le transport de la possession », n°228 ; V. également : R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T.IX, *Traité du droit de domaine de propriété*, par M. BUGNET, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpression de 1861, n°194, qui définit la tradition comme « la translation que fait une personne à une autre de la possession d'une chose (*traditio est possessionis datio*) ».

¹¹⁷ J.-L.-E. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 400.

aliéner, l'autre à acquérir une certaine chose »¹¹⁸. La tradition faite sans juste cause ne produit aucun droit. Une tradition faite pour cause de prêt, de dépôt ou de tout contrat n'entraînant pas la volonté de transférer la propriété, n'a pas de juste cause et ne produit pas la propriété. Il n'y a, dans ce cas, qu'une remise de la possession physique, une tradition purement matérielle.

15 - La particularité de l'obligation de transférer la propriété en droit romain. En droit romain, le vendeur est tenu de livrer la chose à l'acheteur et de garantir ce dernier contre l'éviction¹¹⁹. Il est ici remarquable qu'en aucun cas il n'est précisé que le vendeur est obligé à transférer la propriété. D'après l'étude approfondie de Marianne BUSSMANN sur l'obligation de délivrance en droit romain, cette obligation n'est « *pas une obligation au plein transfert de la chose* »¹²⁰. Cet auteur enseigne que les romains désignent le plein transfert de la chose par les mots « *rem dare* » ; or de nombreux textes du Digeste « *tentent d'éviter de désigner la délivrance du vendeur par dare* »¹²¹. Ainsi, l'auteur, reprenant en ce sens les travaux de BONFANTE, définit la délivrance romaine comme le transfert d'un pouvoir de fait sur la chose, il s'agirait donc de « *la remise de la chose avec intention de renoncer à la maîtrise sur la chose et d'acquérir cette maîtrise* »¹²².

L'absence d'obligation de transférer la propriété en Droit romain peut s'expliquer par le fait que la vente était un mécanisme de droit des gens, fondamental

¹¹⁸ C. ACCARIAS, *op. cit.*, n°226. On peut cependant noter de véritables divergences doctrinales sur la définition même de cette *justa causa*. Ainsi, si ACCARIAS l'assimile à la volonté commune des parties, certains auteurs la définissent plus comme la " cause légale " , « *un contrat ou un fait quelconque entraînant comme conséquence la volonté de transférer la propriété, et, dans ce but, de faire tradition* » (J.-L.-E. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 402), ou la cause « *efficiente* » (J.-P. LEVY ET A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 566). Le sens à donner au mot *causa* serait alors plus le fait déterminant de la volonté de transférer la propriété que la volonté elle-même de transférer la propriété.

¹¹⁹ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3e éd., 1879, n°605, rapportant un texte de Paul (L.1 pr., *De rer. perm.*, 19, 4). L'auteur ajoute également l'obligation de garantie contre le vice (dénommée encore aujourd'hui "garantie édilicienne"), crée par l'Edit des Édiles Curules. L'objet de l'édit des Édiles Curules était d'empêcher les fraudes des vendeurs d'esclaves. Il naissait de cet édit une triple action : l'action rédhibitoire, l'action estimatoire et l'obligation de réparer entièrement le dommage qu'avait éprouvé l'acheteur : « *ceux qui vendent des esclaves doivent avertir les acheteurs des maladies et des vices qu'ils peuvent avoir, leur déclarer s'ils sont fuyards, vagabonds ou soumis à quelque action noxale. Cette déclaration doit être prononcée publiquement lors de la vente. Si l'esclave a été vendu sans cet avertissement, ou s'il en est autrement que le vendeur ne l'avait déclaré, nous donnerons action pour faire reprendre l'esclave, non seulement à l'acheteur, mais encore à tous ceux qu'il appartiendra (...)* », cité et traduit par D. de BRÉARD-NEUVILLE, in *Pandectae justinianae*, par R.-J. POTHIER, T. VIII, Paris, Ex Typis Dondey-Dupré, 1821, p. 2 et 4 pour la version française.

¹²⁰ M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse, Lausanne Imprimerie C. Risold et fils, 1933, p. 1.

¹²¹ M. BUSSMANN, *op. cit.*, p. 25.

¹²² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1925, p. 261, § 87.

pour le commerce. Aussi, dans le but de l'étendre à tous les biens et de la rendre accessible à tous, convenait-il de se satisfaire du seul transfert de la possession, de simplement *tradere*. Un contrat ayant pour effet de transférer la propriété quiritaire n'aurait pas été susceptible d'une pareille extension au profit des pérégrins¹²³.

Cette analyse est confirmée par le fait qu'en matière de vente, la tradition faite par un vendeur, en exécution de son obligation, ne permet de transférer la propriété qu'autant qu'elle est suivie du paiement réel et intégral du prix. Le transfert du droit de propriété reste donc suspendu à la réalisation de cette condition tacite¹²⁴. Le concept même de *traditio* est ainsi susceptible, dès ses origines, de plusieurs acceptions. Celle-ci peut conférer la propriété (si elle est accompagnée de certaines conditions), la possession, ou la détention¹²⁵ : « ainsi, le mot tradition en lui-même, ne révèle pas clairement l'intention des parties »¹²⁶.

16 - L'évolution du concept de tradition : l'avènement de la distinction entre différentes sortes de tradition. Une trop grande rigueur dans la conception même de la tradition aurait été source de blocage. En droit romain, les choses incorporelles étant, contrairement au droit positif, insusceptibles de possession¹²⁷, il ne peut, à leur égard, y avoir de tradition. Cependant, les compilations de JUSTINIEN semblent admettre pour ce type de biens une "quasi-possession", consistant dans l'exercice du droit ; par conséquent, certains auteurs ont pu, à ce sujet, déceler l'existence d'une "quasi-tradition"¹²⁸. Peu à peu, l'exigence de l'élément matériel de la tradition est assouplie. Dès l'époque classique, divers procédés, qui ne furent véritablement classés qu'au Moyen-âge, apparaissent.

17 - Le développement des traditions dématérialisées. Il est alors possible de distinguer, outre la tradition réelle, emportant matériellement un déplacement de la chose, de nombreuses formes de traditions sans transport de la

¹²³ Justification invoquée par M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse, Grenoble, LGDJ, 1972, p. 11.

¹²⁴ A.-E. GIFFARD, *op. cit.*, p. 58, qui reconnaît cependant que cette règle est écartée dans deux cas : lorsque l'acheteur fournit un gage ou une promesse de payer de la part d'un tiers ; ou lorsque la vente comporte un terme pour le paiement ; Adde, C. ACCARIAS, T. I, *op. cit.*, n°230.

¹²⁵ À cet égard, il est possible de noter que selon certains auteurs, le concept de détention n'était pas clairement défini en droit romain, et que les jurisconsultes n'avaient pas de termes spécifiques pour la désigner. J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, préface de F. TERRÉ, Economica, 1981, n°279.

¹²⁶ A. De BEAUVERGER, *op. cit.*, p.1.

¹²⁷ J.-L.-E. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 360

¹²⁸ *Ibid.*

chose, qualifiées de "traditions feintes". La tradition de la chose va pouvoir s'accomplir par tous les actes de nature à en transmettre la possession. Tel est donc le cas de la "tradition symbolique"¹²⁹, qui est « *celle par laquelle on remet entre les mains de la personne à qui on entend faire la tradition d'une chose, non la chose même, mais quelque chose qui la représente, et qui met en son pouvoir la chose dont on entend faire la tradition* »¹³⁰. Tel est également le cas de la technique de la "tradition de longue main", qui, quant à elle, se réalise sans la moindre appréhension matérielle de la chose, et « *qui consiste dans la seule montrée qui est faite de cette chose à celui à qui on entend en faire la tradition, avec la faculté qui lui est donnée de s'en mettre en possession* »¹³¹. Se développent également, à la même époque, les procédés de "tradition de brève main", tradition réalisée fictivement afin d'éviter une double tradition, au cas où l'*accipiens* est déjà en possession de la chose ; dans cette hypothèse, seul l'*animus* change, une simple interversion de titre intervient. Enfin, il est possible de noter, dès cette période classique, l'apparition de la technique du constitut possessoire¹³². Dans ces hypothèses, la tradition se réalise alors « *par une modification dans l'animus des parties* »¹³³.

La dématérialisation progressive des modes d'opérer la tradition a rendu presque inutile le recours à la remise de la chose en tant qu'élément corporel, ce phénomène a permis d'ouvrir la voie vers un transfert de propriété abstrait et purement intellectuel.

2. La dissociation entre tradition réelle et transfert de propriété

18 - L'empreinte du jusnaturalisme. L'influence des juristes du droit naturel a, semble-t-il, été grande sur la nature des obligations du *tradens*. Ainsi, pour la plupart de ces auteurs, la délivrance n'est plus le seul moyen de transférer la propriété, considérée comme une "qualité morale" qui, désormais, peut s'acquérir par

¹²⁹ Certains auteurs préfèrent au terme « *symbolique* » celui de « *virtuelle* », considérant que le premier est « *exagéré* », J.-P. LEVY ET A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 564.

¹³⁰ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, T.IX, Traité du droit de domaine de propriété, op., cit.*, n°199. L'exemple type de tradition symbolique est la remise des clefs du bâtiment vendu ou loué.

¹³¹ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n° 202. L'exemple type de ce mode de réalisation de la tradition est la marque qu'un acheteur met, du consentement du vendeur, sur choses qu'il lui a vendu (n°203).

¹³² Technique par laquelle le *tradens*, tout en continuant de retenir la chose, déclare qu'il n'entend plus posséder pour lui mais au nom et pour le compte de l'*accipiens*.

¹³³ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, réédition 2005, LGDJ, Collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, p. 37.

l'effet de la seule volonté des parties¹³⁴, sans avoir recours à une quelconque tradition et sans attendre le paiement du prix. Dans cette conception, la délivrance n'est plus qu'un acte permettant d'aligner le fait sur le droit. La propriété ayant été transférée, la délivrance intervient pour permettre l'entrée en possession de l'acheteur. La période jusnaturaliste semble particulièrement marquée par l'un des principaux inspirateurs du Code civil, DOMAT, qui, en la matière, a une analyse différente du rôle de la tradition dans le cadre de vente ; en effet, selon cet auteur, « *la délivrance ou tradition est le transport de la chose en la puissance ou possession de l'acheteur* »¹³⁵. L'auteur, fidèle en cela au droit romain, lie le transfert de propriété (« *la puissance* ») à la tradition et au paiement du prix¹³⁶. Cette analyse paraît surprenante, d'autant que cette définition est, reprise par les codificateurs à l'article 1604¹³⁷, introduisant les dispositions sur la délivrance ; or, selon le Code, le transfert de propriété est opéré par le seul consentement et non par la tradition de la chose. La confusion opérée par les codificateurs est ici saisissante : fortement inspirés, en matière de transfert de propriété, par l'esprit jusnaturaliste, et souhaitant reprendre cette pensée, ils ont repris à la lettre les termes employés par l'un des rares auteurs ne consacrant pas un tel principe.

19 - Une conception du transfert de propriété marquée par le pragmatisme. Il peut également être affirmé que les codificateurs n'ont, en souhaitant rompre avec l'exigence d'une tradition pour transférer la propriété, que consacré une pratique déjà très répandue. La "vest - devest" ou "dessaisine - saisine"

¹³⁴ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Padrier-Fodéré, PUF, 1642, rééd. 2005, Liv. II, Chap. VIII, n°XXV : La délivrance (ou extradition) est un moyen d'acquérir selon le droit des gens, « *mais elle n'est pas naturellement nécessaire pour transporter la propriété* » ; S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, T. I, Bâle, Bibliothèque de philosophie juridique, 1732, rééd. 1989, Liv. IV, Chap. IX, §V : la délivrance n'est pas un moyen d'acquérir la propriété mais seulement « *un acte qui intervient dans l'aliénation des biens* » ; C. WOLF, *Principes du droit de la nature et des gens*, trad. Formey, T.I, 1758, Titre I, Liv. III, Ch. I, §IX : qui considère que le droit naturel implique le transfert de la propriété par la seule puissance de la volonté des contractants.

¹³⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, par L. D'HERICOURT du VATIER, 1777, Liv. I, Tit. II, section II, V.

¹³⁶ Cette théorie est confirmée plus loin : « *le premier effet de la délivrance est que, si le vendeur est le maître de la chose vendue, l'acheteur en devient en même temps pleinement le maître, avec le droit d'en jouir, d'en user et d'en disposer, en payant le prix, ou en donnant au vendeur une sûreté* », J. DOMAT, *op. cit.*, Liv. I, Tit. II, section II, X.

¹³⁷ J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1990, n°666 : « *Ils [les codificateurs] n'ont pas pris garde à l'incompatibilité existant entre le principe nouveau du transfert de propriété par le seul effet de l'accord des parties sur la chose et le prix et certaines des définitions qu'ils ont continué à emprunter au droit antérieur* » ; Adde, Pour une analyse spéciale tirant des termes de l'article 1604 du Code civil et de son ambiguïté la négation du principe du transfert de propriété par le seul consentement, J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTD civ. 2000, p. 477 et s., spéc. n°13.

était, en effet, couramment pratiquée par les notaires en matière de vente¹³⁸. Cette technique permet de simuler la tradition et d'opérer un transfert de propriété sans avoir recours à une remise effective de la chose¹³⁹. Par ce type de clause, l'aliénateur déclare se dessaisir de la chose afin d'en investir l'acquéreur. Il était alors considéré que l'ensaisinement avait bien eu lieu, alors qu'il n'en était rien en réalité. Une simple déclaration contractuelle valait donc prise de possession. Ainsi, les codificateurs, en consacrant le transfert de propriété par le seul effet de l'accord des volontés, se seraient contentés de consacrer la dématérialisation de la tradition.

L'Ancien droit français a donc connu la même évolution que le droit romain quant au transfert de propriété, en passant de règles très strictes à un système de traditions symboliques ou feintes. « *La forme feinte, c'est-à-dire supposée en vertu d'une clause du contrat, avait la même valeur et produisait le même effet que la forme réelle* »¹⁴⁰. La tradition était toujours nécessaire pour réaliser le transfert de propriété mais elle n'avait pas lieu matériellement. Le principe romain subsistait mais à titre purement théorique¹⁴¹, la consécration d'un transfert parfaitement dématérialisé n'était donc plus un obstacle infranchissable.

B. L'utilité de la tradition remise en cause par les conceptions modernes du transfert de propriété

20 - Le transfert de propriété dématérialisé : évolution et non rupture.

La consécration du transfert de propriété *solo consensu* par le Code civil, n'apparaît pas comme une rupture mais plus comme une conséquence logique de l'évolution du droit. Consacrant une pratique notariale répandue, les codificateurs n'ont pas créé ce principe, ils n'ont fait que l'étendre à l'ensemble des ventes. Malgré certaines réticences doctrinales, le transport de la propriété est aujourd'hui dépouillé, en principe, de toute remise de la chose. L'analyse classique (1) présente le transfert de

¹³⁸ A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, 1611, réimpr. Sirey 1935, Livre V, titre IV, règle 7 : « *Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à la tradition et remise de possession* » ; toutefois ce principe ne triomphe pas sans rencontrer une vive résistance notamment celle de C. DUMOULIN, *Coûtûme de Paris*, I, §20, glose 5, n°16.

¹³⁹ M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, LGDJ, 1926, n°620.

¹⁴⁰ C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, n°367.

¹⁴¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 8^e éd., 1920, n°2593.

propriété comme une opération unitaire, marquée d'une seule étape, l'échange des consentements. Toutefois, cette présentation s'accommode assez mal avec une conception objective de la propriété. Une analyse dualiste du transfert semble alors mieux en mesure de décrire l'institution (2).

1. L'analyse classique du transfert de propriété *solo consensu*

21 - Le transfert de propriété par le seul effet des consentements. Le principe du transfert de propriété *solo consensu* est classiquement associé aux articles 711, 938, 1138¹⁴² et 1583 du Code civil. La convention produit par elle-même le transfert du droit. « *Le droit de propriété se déplace dans une immatérialité saisissante : ni la chose ni le prix n'ont à être présents* »¹⁴³. La volonté, toute puissante pour créer des obligations, l'est également pour opérer, sans formalité particulière, le transfert des droits réels ; « *le contrat, outre son effet obligatoire, a un effet réel* »¹⁴⁴. Ce type de transfert est alors considéré comme causal : celui-ci n'exige pas, en principe, de remise de la chose, mais un contrat valable, c'est-à-dire un accord de volontés, accompagné d'une cause. Cette conception de la translation de propriété, permet une réalisation de la mutation à l'écart des tiers, elle favorise « *le secret des fortunes* »¹⁴⁵ et la « *fixité du patrimoine* »¹⁴⁶.

¹⁴² L'article 1138 pose deux principes. Tout d'abord, celui selon lequel le simple échange des consentements, en l'absence de toute forme, suffit à transférer la propriété, c'est le principe du transfert *solo consensu*. Ensuite, celui selon lequel la propriété se transfère dès l'échange des consentements, c'est ici le principe du transfert immédiat de la propriété dès la conclusion du contrat translatif. C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droit réels principaux*, op. cit., n°375 ; Cass. Civ. 3^e, 6 mars 1996, Bull. civ. III, n°66, D. 1996, IR. p. 104 ; le principe semble conservé par les différents projets de réformes du droit des contrats. Ainsi, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, à l'article 1152 al. 1^{er}, dispose que « *l'obligation de donner s'exécute en principe par le seul échange des consentements* » et l'alinéa 3 de ce même article que « *son exécution rend le créancier titulaire du droit transmis et met à ses risques et périls la chose objet de ce droit, encore que la tradition n'en ait pas été faite* ». De même, l'article 112 de *L'avant-projet de réforme du droit des contrats*, affirme que l'obligation de donner « *s'exécute en principe par le seul échange des consentements* ». Enfin, le « *Projet Terré* », envisage le même principe à l'article 93 : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses* », in, *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. TERRÉ, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2009.

¹⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 2, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°770.

¹⁴⁴ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. 2*, Montchrestien, 1956, n°1612.

¹⁴⁵ G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.409 et s., n°6.

¹⁴⁶ *Ibid.*

22 - L'inutilité du recours à la tradition réelle. La tradition de la chose, n'est donc plus exigée pour transférer la propriété¹⁴⁷, et cela semble être le fruit de la différence nettement marquée aujourd'hui entre la possession et la propriété.

Ainsi, pour un auteur, la tradition était maintenue comme mode de transfert de la propriété en raison du manque d'études sur la notion de possession avant celles menées par IHERING. « *Au plan du transfert de propriété, des conséquences juridiques ont de tout temps été attachées à la possession et, dans la mesure où elle a toujours été plus qu'une situation de fait, on conçoit que la tentation ait été grande de la confondre avec la propriété, ce qui a également contribué à maintenir le rôle de la tradition* »¹⁴⁸. La tradition n'est donc plus nécessaire pour transférer la propriété en raison de la nette distinction entre la chose et le droit portant sur cette chose. Tant que le droit conditionnait la reconnaissance de la propriété à la possession des choses, seul un acte matériel, transférant la possession de celles-ci, la tradition notamment, était susceptible de transférer la propriété¹⁴⁹. Dès qu'il a pu être admis que la propriété pouvait exister alors même que le titulaire de ce droit n'était pas en possession de la chose, la voie vers l'admission d'un transfert abstrait de la propriété était ouverte.

23 - L'efficacité contestée du transfert par l'effet des consentements. L'admission d'un transfert dématérialisé, sans avoir recours à une mise en possession préalable, soulève le problème de l'opposabilité de cette opération, et en quelque sorte de son efficacité même. L'article 1583 du Code civil est le siège de la faiblesse de cette opération, puisqu'il précise qu'« *elle [la vente] est parfaite entre les parties (...)* ». Cette inopposabilité du transfert de propriété aux tiers est à l'origine de

¹⁴⁷ Essentiellement en matière mobilière certains pays subordonnent toutefois encore le transfert de propriété à la remise de la chose, tel est le cas notamment de l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, les Pays-Bas, et la Suisse. Dans les pays de Common Law, le *Sales of goods Act* de 1979 laisse aux parties le soin de déterminer le moment du transfert, mais soumet le transport de la propriété des choses de genre à l'individualisation (Section 17 et 18). Certains pays de droit latin consacrent également le principe du transfert *solo consensu*, notamment les droits belge, italien, et luxembourgeois. Enfin, le droit commun espagnol admet le même principe, toutefois, le transfert de propriété des meubles s'opère par la remise de la chose. Pour une analyse comparatiste plus détaillée des différents modes de transfert de propriété V. C. WITZ, *Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de la propriété en matière mobilière. Etude comparative*, in *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 339.

¹⁴⁸ Y. LOUSSOUARN, *Cours de droit civil (doctorat), Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, 1970, p. 12.

¹⁴⁹ Ainsi, IHERING, nie l'idée même du concept de transfert de droit en droit romain : « *Dans le transfert de propriété, le droit et la chose se confondent [...]. Le transfert de propriété n'était pas le transfert du droit de propriété, mais bien le transfert de la chose même. Cette idée du transfert de droit, du droit comme chose idéale existant par elle-même [...] était trop subtile, trop abstraite pour le droit ancien* », R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, op. cit., p. 124.

nombreuses critiques adressées au mécanisme du transfert *solo consensu*¹⁵⁰ en raison du fait que le droit de propriété est inconciliable avec un transfert issu de la seule volonté des parties. Ainsi, pour certains, le « *point capital de la propriété* »¹⁵¹ étant l'opposabilité de celle-ci aux tiers, l'acheteur qui ne serait pas encore en possession de la chose ne serait titulaire que d'un droit relatif, un droit de créance, « *et non pas un droit réel, opposable adversus omnes* »¹⁵². Un auteur, quant à lui, raisonnant par syllogisme, fait ressortir la nécessité d'une mise en possession réelle pour réaliser le transfert d'une chose : « *la propriété est un lien d'opposabilité substantielle, et comme l'opposabilité substantielle résulte de la mise en possession (juridique) de l'acquéreur, la propriété n'est transférée et acquise à l'acquéreur, que par la mise en possession de ce dernier* »¹⁵³.

Cette analyse de la propriété comme un lien d'opposabilité substantielle devant affecter, par essence, les tiers, semble imposer une remise de la chose en plus de l'accord des parties, pour la réalisation du transfert.

24 - L'exigence d'une remise de la chose en matière mobilière ? La question s'est posée de savoir si, notamment en matière mobilière, la remise de la chose n'était pas l'événement seul capable de transférer la propriété. À première lecture, l'article 1141 du Code civil apparaît comme une exception au principe posé par l'article 1138, le premier neutralisant les effets du second¹⁵⁴. Il résulte, en effet, de cette disposition, qu'en cas de conflit entre deux acquéreurs d'un même meuble corporel, l'un ayant été mis en possession et l'autre ne pouvant invoquer qu'un transfert de propriété issu du contrat, l'acquéreur en possession de la chose est

¹⁵⁰ V. not. É.-L.-J. BONNIER, *De la transmission de la propriété par l'effet des obligations*, rev. lég. et jur., avril-septembre 1837, t.6, p. 432 et s ; M. HUREAUX, *Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre vifs. Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure*, Revue de droit français et étranger 1846, T. III, p. 765 et s.; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. VII, Pichon, 1894, n°96 et s., p. 144 et s. ; P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3^e éd., Paris, 1905, réimpr. 1966, n°612, p. 658 ; J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, T.1, LGDJ, 1950, p.93, spéc. n°10, p. 102-103 ; Ch. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974, n°104 et s., p. 161 et s. ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse, Paris II, 1977, n°93 et s., p. 128 et s ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTD civ. 2000, p.477.

¹⁵¹ M. HUREAUX, préc., p. 775

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préface L. AYNÈS, Economica, coll. Recherches juridiques, 2007, n°326.

¹⁵⁴ L'article 1141 dispose que « *si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer, à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi* ».

préféré, s'il est de bonne foi. De nombreux auteurs considèrent, dès lors, que cet article est la traduction du principe selon lequel la propriété des meubles ne peut s'acquérir que par la mise en possession du bénéficiaire¹⁵⁵ et donc par la tradition de la chose vendue. Contestable, cette analyse peut, toutefois, s'appuyer sur l'article 536 du troisième projet de Code civil de CAMBACÉRÈS qui affirme que « *lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers, la tradition s'opère par la délivrance réelle* »¹⁵⁶, et qui aurait inspiré les codificateurs dans la rédaction de l'article 1141. Une idée similaire se retrouve dans l'étude des discussions sur le Code de commerce, où les rédacteurs affirment que « *les achats et les ventes, en fait de commerce, ont pour objet des valeurs mobilières dont la propriété s'acquiert par la tradition* »¹⁵⁷ et, plus loin, précisent qu'ils partageaient, sur ce point, l'opinion des rédacteurs du Code civil. De même, l'esprit de ces textes est emprunté à la doctrine de POTHIER selon qui le contrat de vente ne transfère pas, de lui-même, la propriété de la chose vendue, car il ne crée qu'un engagement personnel, seule la tradition pouvant opérer ce transfert¹⁵⁸.

25 - Critique du raisonnement. Le principal reproche adressé à cette thèse est de ne pas tenir compte de la dernière partie de l'article : « [...] *pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi* ». La préférence n'est accordée à l'acquéreur mis en possession qu'autant que celui-ci est de bonne foi¹⁵⁹, « *or dans un système qui, reproduisant les idées romaines, subordonnerait l'acquisition à la tradition, peu*

¹⁵⁵ V. notamment M. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, T. II, Delestre-Boulage, 1824, Liv. IV, Tit. II, p. 146 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente*, T. I, Paris, Charles Hingray, 5e éd., 1856, n° 42 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. IV (n°61) et T. VII (n°205), par DUVERGIER, Paris, éditions Jules Renouard et Cie ; K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, T. I, traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par G. Massé et Ch. Vergé, p. 430 ; P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° tradition, 1815, 4^e éd., t. 14 p. 59 ; H. SOLUS, *Les principes du droit civil*, 2^e éd., 1939, A. Colin, p. 96 ; plus récemment : P. DIDIER, *Les biens négociables*, in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 327 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., n°352 et s.

¹⁵⁶ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, 1827, réimpr. Otto Zeller Osnabrück, 1968, p. 258.

¹⁵⁷ *Discours préliminaire* in G. LOCRÉ, *La législation civile commerciale et criminelle, ou commentaire et compléments des Codes français*, t. XVII, Treutel et Würtz, 1831, p. 43 et 44.

¹⁵⁸ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T.III, *Traité du contrat de vente, traité des retraits, traité du contrat de constitution de rente*, par M. BUGNET, Paris, Cosse, Marchal et Plon, 2e éd., réimpr. 1861, n°135, p. 131. L'auteur reprend ici un texte du Cod. de Pactis « *traditionibus, non nudis, conventionibus dominia transferuntur* », L. 20, Cod. de Pact.

¹⁵⁹ La bonne foi, ici fait référence à l'article 550 du Code civil, qui précise que : « *le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices* ». Dans ce cas, pour être considéré de bonne foi, l'acquéreur doit avoir cru qu'il avait traité avec le véritable propriétaire.

importerait la bonne ou la mauvaise foi de celui qui a reçu la tradition »¹⁶⁰. Il ne s'agirait donc que d'une application de l'article 2276 du Code civil : le second acquéreur voit son titre consolidé, car il a été mis en possession, et qu'« *en fait de meubles, la possession vaut titre* », si celui-ci n'a pas eu connaissance de l'absence de titre de son auteur. Ce dernier a donc transféré, non pas la propriété de la chose – qu'il avait perdue en vertu du contrat translatif de propriété passé avec le premier acquéreur – mais sa possession, qui devenue de bonne foi, permet la prescription instantanée. La propriété de l'acquéreur ne trouve dès lors pas sa source dans le contrat, mais dans la possession issue de la remise de la chose¹⁶¹. Le second acquéreur « *obtient la propriété par l'effet de la loi en vertu de sa possession, quoique son auteur ne fût plus propriétaire, et non parce que son auteur l'était encore* »¹⁶². Il est possible d'ajouter que si les codificateurs avaient souhaité consacrer la remise matérielle de la possession en tant que mode de transfert de la propriété des meubles, ils auraient certainement admis les mécanismes des traditions feintes et symboliques, plutôt que de les exclure expressément, en exigeant une tradition réelle de la chose. Cette conception aurait marqué un net retour en arrière à un système rigide et formaliste que semble combattre le Code¹⁶³.

L'exigence d'une remise de la chose afin d'opérer le transfert de la propriété des choses mobilières n'apparaît pas conforme à l'esprit des codificateurs ni à l'évolution de la matière. La volonté d'assimilation, même parfois fondée en apparence sur les textes, entre la remise de la chose et le transfert de propriété, révèle une difficulté à conceptualiser l'idée de transfert de propriété. L'embarras suscité par cette notion semble avoir pour origine la distinction entre la propriété en tant que droit, du bien objet de cette propriété¹⁶⁴.

¹⁶⁰ A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, Paris, E. Plon et Cie, 2e éd. Par E. COLMET de SANTERRE, n°53.

¹⁶¹ En ce sens F. MOURLON, *Répétition écrites sur le deuxième examen de Code Napoléon*, T. II, Paris, Marescq, 8e éd., 1869, n°1133 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats*, T. I, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1877, n°469 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, Sirey, 3e éd., 1939, n°1084. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7^e éd., 2006, n°409 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droit réels principaux*, op. cit., n°394 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, Domat - Montchrestien, 13^e éd., 2007, n°36 et 124.

¹⁶² M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, op. cit., n°621 ; l'opinion semble d'ailleurs confirmé par Cass. civ. 24 juin 1845, D. 45. 1. p. 309 ; S. 46. 1. p. 551.

¹⁶³ C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droit réels principaux*, op. cit., n°398.

¹⁶⁴ « *Propriété et bien ne sont pas synonymes, car la propriété est un droit et le bien la chose qui en est l'objet. Pourtant, la force de la propriété est telle que bien et propriété tendent à se confondre* », P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préface de L. AYNÈS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 489, 2007, n°60, p. 25-26.

2. L'analyse critique de la notion même de transfert de propriété

26 - La reconstruction du mécanisme du transfert de propriété. Le concept de transfert de propriété est mal saisi en droit positif et les différentes analyses proposées présentent de nombreuses faiblesses. Certains auteurs ont tenté de présenter un système théorique critique de la notion même de transfert de propriété, qui permet de mieux saisir l'essence de l'opération. Une distinction doit alors être opérée entre le droit de propriété et la propriété. La pensée décrite a comme origine les travaux aboutissant à la conclusion selon laquelle la propriété en tant que droit est intransférable (a), seule la propriété en tant que chose peut être transmise. Cette conception entraîne nécessairement le recours à une analyse particulière de l'opération de transfert, décomposée en deux temps (b).

a. Un droit de propriété intransférable ?

27 - Présentation de la théorie. S'il n'est, en apparence, pas contestable que la loi prévoit que l'échange des consentements puisse entraîner un transfert de propriété, il n'est pas évident de considérer que le droit de propriété sur un bien puisse être transféré. La transmission d'un droit, et en particulier celle de la propriété, n'est pas une évidence¹⁶⁵. Un auteur, constatant la multitude d'exceptions à la règle « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* »¹⁶⁶, a entendu démontrer que les droits sont par nature intransmissibles¹⁶⁷, et que dans chaque transfert, il y a, en réalité, création d'un droit nouveau¹⁶⁸.

28 - L'incompatibilité entre droit et transfert. Il peut ainsi être estimé que la propriété, en tant que droit, ne peut être transférée. Une conception objective de celle-ci, c'est-à-dire l'envisager en tant que « *qualité qu'a un bien d'appartenir à une*

¹⁶⁵ R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, n°36-46.

¹⁶⁶ « *Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même* ».

¹⁶⁷ E. LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse Paris, Pedone, 1896, « à proprement parler, on ne transmet jamais de droit et [...] à chaque transfert, il y a au fond un droit nouveau » (n°49, p. 88-89) ; Adde M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité. Etude de sociologie juridique et de droit positif*, thèse Aix-en-Provence, Sirey, 1933.

¹⁶⁸ E. LEVY, *op. et loc cit.* Pour une critique de certains points de cette théorie, voir notamment C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, essai sur la durée du droit de propriété*, préface C. Atias, PUAM, 2000, n°399.

personne »¹⁶⁹, permet de penser que le droit de propriété est intransférable. Seule la chose, en tant que propriété, est transmise ; le droit, quant à lui, s'éteint chez l'un et renaît chez l'autre. Cette conception de la propriété a été notamment développée par DUGUIT qui la définit comme « *l'affectation de l'utilité totale d'une chose à un but déterminé [...] la propriété est protégée par le droit ; mais elle n'est pas un droit ; elle est une chose, une utilité, une richesse* »¹⁷⁰. La propriété serait donc la chose elle-même¹⁷¹ et non un droit ; elle ne pourrait, par conséquent être transférée par le seul effet du consentement¹⁷². Dans cette acception purement objective, le transfert ne correspond qu'à une transmission du bien ; il n'est que l'acte, déterminé par la loi, conditionnant le changement d'affectation de l'utilité totale d'une chose et la protection de la nouvelle affectation¹⁷³. La position de DUGUIT est intéressante mais peut paraître extrême. Elle nie, en effet, toute portée subjective à la propriété, et s'inscrit dans une controverse théorique qui dépasse la propriété pour conclure à l'inexistence même du droit subjectif¹⁷⁴.

Le débat semble donc se cristalliser sur la distinction entre le droit de propriété et la propriété. Le droit de propriété traduit le rapport d'exclusivité qui unit une personne à un bien¹⁷⁵, la « *relation privilégiée entre la personne et la chose* »¹⁷⁶, alors que la propriété est assimilée à la chose elle-même.

b. Le recours à l'analyse duale du transfert de la propriété

29 - L'explication de la nécessité du recours à l'analyse duale. Ce dont il serait question dans le Code civil, ce ne serait « *pas d'acquérir le droit de propriété*,

¹⁶⁹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 2008, n°163.

¹⁷⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, La règle de droit - Le problème de l'Etat, Paris, 3e éd., 1927, § 41, p. 445.

¹⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 447.

¹⁷² « *On dit constamment qu'en droit moderne la propriété est transférée par l'effet du contrat, c'est-à-dire par le consentement des parties. C'est tout à fait inexact* », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ V. L. DUGUIT, *Discours au congrès national de la propriété bâtie*, 1905 ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd. 1920, rééd. La mémoire du droit, 1999, spéc. p. 9 et s. ; Adde A. MESTRE, *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, APD, 1932, p. 168 et s.

¹⁷⁵ En ce sens, l'Avant-projet de réforme du droit des biens définit la propriété comme « *le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent* », art. 534.

¹⁷⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n°101.

mais les biens, c'est-à-dire les corps d'une part, les droits d'autre part »¹⁷⁷. La dichotomie de la notion de propriété, en tant que droit subjectif et en tant que pouvoir sur une chose impose une clarification quant au mécanisme du transfert, qui, automatique, « entraîne une déformation profonde »¹⁷⁸. VAREILLES-SOMMIÈRE, définissant la propriété comme « un pouvoir d'agir de la personne »¹⁷⁹ propose de concevoir le mécanisme d'aliénation comme une extinction du droit chez le précédent propriétaire et la naissance concomitante chez le nouveau d'un droit identique à l'ancien : « quand il aliène sa chose, le propriétaire ne transmet pas son pouvoir d'agir sur elle : il y renonce au regard et au profit de l'acquéreur et ménage à celui-ci la possibilité d'acquiescer sur la chose, par une sorte d'occupation, un droit tout semblable au droit abdiqué par le vendeur »¹⁸⁰. Le transfert de propriété se décomposerait donc en deux étapes successives¹⁸¹.

30 - L'abandon par l'ancien propriétaire. Le premier temps du transfert consiste en un abandon du droit par l'ancien propriétaire, qui résulte de sa volonté de rendre l'acquéreur propriétaire. Par l'abandon, il renonce à son droit, à son pouvoir d'agir sur la chose. Il fait disparaître le lien intellectuel qui les unissait. Ceci correspond à la renonciation au droit subjectif¹⁸². Le pouvoir d'agir du propriétaire sur la chose n'étant pas transmissible¹⁸³, il ne peut qu'y renoncer. Il agit alors sur le droit et non encore sur la chose. Cet acte n'est, toutefois, que purement relatif, il n'a de

¹⁷⁷ F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981, n°266.

¹⁷⁸ C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse, Poitiers, 1974, p. 67 et 72.

¹⁷⁹ Ms de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTD civ. 1905, p. 452.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ V. not. Soutenant une analyse duale du transfert de propriété : A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, T. I, Paris, A. Fontemoing, 1899, n°253, p. 416 – 417 ; A. COLIN ET H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T.I, Dalloz, 5e éd., 1928, p. 983 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°187 ; C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, op. cit., p. 685 et s. ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., n°788, p. 256 ; Rapp. R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens* in *Le Code civil 1804-2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p. 297, spéc. n°9, p. 309, Le transfert de propriété ne correspond pas à « transmettre un introuvable droit subjectif, mais de faire cesser le rapport exclusif que la chose entretient avec le vendeur, pour qu'un autre naisse au profit de l'acquéreur » ; Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété (le transfert volontaire des biens)*, thèse, Paris, 2009, n°299 et s.

¹⁸² Rapp. P. de FRANCISI, *Il trasferimento della proprietà, Storia e critica di una dottrina*, thèse, Padoue, 1924, p. 140, cité et traduit de l'italien par Ph. CHAUVIRÉ, op. cit., n°300, « dans l'acquisition de la propriété, l'obstacle est constitué par le droit du propriétaire actuel, sauf si celui-ci y renonce. Dans les contrats solennels, la renonciation est évidente : l'acquéreur vindicat, le cédant renonce à la contravindicatio ».

¹⁸³ Ms de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, op. cit. n°18, p.447 : la propriété étant un pouvoir d'agir inhérent à la personne, il n'est pas plus transmissible que « son pouvoir de penser, de voir, ou d'entendre »

valeur que pour le bénéficiaire du transfert de propriété et n'existe pas pour les tiers. À leur égard, celui qui offre de transférer la propriété est encore propriétaire.

31 - L'acte d'acquisition par l'acquéreur. Comme le note un auteur, « *la volonté de celui qui renonce à la qualité de propriétaire ne peut avoir pour résultat que de créer les conditions nécessaires à l'acquisition de son bien par la personne qu'il aura désignée, en lui offrant l'opportunité de se prononcer* »¹⁸⁴. La seconde étape de ce transfert est donc un acte d'acquisition de la part de l'acquéreur, qui se réalise par l'occupation, ou plus précisément par « *la volonté d'acquérir, jointe au pouvoir effectif de faire des actes de maître sur la chose* »¹⁸⁵. S'établit ainsi un lien intellectuel correspondant à l'acquisition de la propriété, voir un lien physique, correspondant à l'acquisition de la chose. Le lien créé est parfaitement licite puisqu'il est la conséquence de l'abdication du précédent propriétaire, la propriété est alors légitimement acquise¹⁸⁶. En outre, l'exigence d'un acte d'acquisition ne doit pas être confondue avec l'exigence d'une tradition matérielle pour opérer le transfert. Le pouvoir effectif sur la chose peut être caractérisé sans même que le bénéficiaire du transfert n'ait la chose entre les mains : « *en effet, sans l'avoir près de soi, sans l'avoir touchée, sans même l'avoir vue, ne peut-on pas donner l'ordre à un correspondant quelconque d'en faire tel ou tel usage, de la transporter en tel lieu, de la modifier plus ou moins, ou même de la détruire complètement ?* »¹⁸⁷. Selon ce schéma, exiger une tradition matérielle n'est pas nécessaire, car un lien physique matériel et direct entre le propriétaire et sa chose n'apporte pas plus juridiquement qu'un lien physique exercé par l'intermédiaire d'autrui¹⁸⁸. Cette analyse duale du transfert de propriété n'est d'ailleurs pas si éloignée du modèle romain que l'on pourrait le penser. Ainsi dans l'*in jure cessio* ou la *mancipatio*¹⁸⁹, l'idée d'abandon est centrale. De façon plus marquante encore, l'analogie se produit lorsque le transfert est

¹⁸⁴ Ph. CHAUVIRÉ, *op. cit.*, n°299.

¹⁸⁵ A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, T. I, *op. cit.*, n°253, p. 417.

¹⁸⁶ En matière immobilière cette acquisition résultera d'un ensemble d'opérations successives, comme l'acte notarié, la publication,... : C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, *op. cit.*, p. 685.

¹⁸⁷ A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, T. I, *op. cit.*, n°253, p. 418.

¹⁸⁸ Cette idée est proche de celle F.-C. de SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, Durand et Pedone Lauriel, 2e éd., traduction de H. Staedler, 1878, § 14, p. 193. L'auteur, tentant de dégager une conception unitaire du *corpus* possessoire, dépasse la conception traditionnelle qui le définit comme la relation directe du sujet avec la chose, supposant une appréhension physique sous forme de contact matériel. Il remarque que cet élément matériel a été rendu possible avant même d'être réalisé. Il retient donc comme définition du *corpus* « *le simple pouvoir d'action, la possibilité d'agir qui manifeste la maîtrise de l'individu sur la chose* ».

¹⁸⁹ Sur lesquels, V. *Supra*, n° 10.

subordonné à la *traditio*¹⁹⁰, terme traduit le plus ordinairement par "remise de la chose" ou "livrer". Or le verbe *tradere* peut, dans de nombreux textes littéraires, être traduit par "abandonner", "laisser prendre"¹⁹¹.

32 - L'extrapolation de l'analyse duale du transfert de la propriété au "transfert de possession". L'étude des différentes situations où intervient une remise permet d'opérer une redéfinition du concept de tradition qui, dans son acception traditionnelle, traduit un transfert de la possession. Il est traditionnellement enseigné que celle-ci est composée de l'*animus* et du *corpus*¹⁹². Or la mise en possession doit regrouper ces deux éléments. Si une remise de la chose permet, en tout état de cause, de remettre le *corpus*, d'acquérir une emprise matérielle sur la chose, elle est, à elle seule, impuissante à transférer l'*animus*, qui est un comportement ou plutôt une volonté de se comporter comme étant le maître de la chose. Dès lors qu'il est admis qu'il est possible d'être possesseur sans avoir le *corpus*, ou en exerçant le *corpus* par l'intermédiaire d'un tiers¹⁹³, il peut être considéré que c'est l'*animus* qui est l'élément déterminant dans la caractérisation de la possession¹⁹⁴. La remise de la chose serait donc, en elle-même, impuissante à transférer la possession pleine et entière, puisque ne peut s'opérer la translation d'un comportement. Ne pouvant opérer qu'une mutation de la maîtrise du *corpus*, elle n'est apte qu'à transférer la détention de la chose¹⁹⁵. Le transfert de l'*animus* ne pourrait

¹⁹⁰ V. *Supra* n° 12 et s.

¹⁹¹ Le grand Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, Hachette, V° *Tradere* ; Adde : « *Tibi trado patriosque meosque penates* », je t'abandonne, je te confie mes deux pénates et ma patrie, OVIDE, *Mét.* 8.91, référence citée par A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, T. 1, Paris, Sirey, 1935, p. 221. L'auteur cite également d'autres exemples tirés de Cicéron et Plaute.

¹⁹² Art. 2228 du Code civil.

¹⁹³ Tel est le cas notamment du bailleur qui continue de posséder au travers de son locataire, ou encore du prêteur qui possède par l'intermédiaire de l'emprunteur. Dans ces hypothèses, le contrat ne porte que sur la détention de la chose, et non sur sa possession. Les détenteurs précaires sont alors débiteurs d'une obligation de restitution qui permettra de recouvrer la possession pleine et entière.

¹⁹⁴ L'analyse du rôle des différents éléments de la possession a été l'objet de la célèbre controverse en Allemagne entre IHERING et SAVIGNY au XIXe siècle. Pour F.-C. von SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain, op.cit.*, l'élément déterminant de la possession est l'*animus*, puisque les actes matériels d'utilisation, le *corpus*, peuvent être exercés à des titres divers par d'autres que le propriétaire. Cette théorie est appelée théorie subjective. Pour R. Von IHERING, *Du fondement des interdits possessoires ; du rôle de la volonté dans la possession*, trad. O. Meulenaere, 1891, c'est le fait extérieur, objectif, qui importe et qui permet de qualifier la possession, même s'il ne supprime pas toute référence à l'élément intentionnel, puisque sans volonté de posséder, il n'y a qu'un « *rapport de juxtaposition locale* » (p. 13 et s.). L'élément intentionnel semble toutefois, chez cet auteur, contenu dans l'exercice de la chose. Cette théorie est appelée théorie objective.

¹⁹⁵ *Contra* B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préface L. AYNÈS, avant propos, F. TERRÉ, Paris, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André Tunc, T. 15, 2008. L'auteur adopte une lecture dualiste de la notion de possession. On peut donc, selon cette thèse, posséder à titre de

dès lors intervenir qu'autant que survient la création – ou re-crédation – du droit réel auquel est attachée la possession. Un transfert de la possession, en soi, ne serait pas une opération concevable, il n'y aurait que des prises de possession, concomitantes à la création d'un droit réel.

33 - Synthèse. Les différentes conceptions de la mutation du droit de propriété convergent en un point : la négation de l'utilité du recours à la tradition dans de telles opérations. L'abandon du rôle de la tradition réelle dans le transfert de propriété n'est pas une rupture mais apparaît comme le fruit d'une lente évolution. Les liens originels liant la mutation du droit à l'acquisition de la possession de la chose, se sont peu à peu estompés. Une distinction stricte entre le droit sur la chose et l'exercice de ce droit permet d'écarter le recours à la remise pour opérer le transfert. Tirant toutes les conséquences de cette distinction, doit être retenue une analyse duale de l'opération de transfert qui se décompose en un abandon par l'ancien propriétaire et une acquisition corrélative par l'acquéreur. Malgré cette présentation renouvelée, ce n'est jamais la tradition réelle qui emporte un tel transfert. Appliquant le raisonnement mené en matière de propriété à la simple possession du bien, il est également constaté que la remise de la chose est réduite par le droit contemporain à la seule faculté d'opérer le transfert de la seule détention.

Malgré ces démonstrations refusant de reconnaître à la tradition la faculté de transférer plus que la détention du bien, un courant de pensée semble se dessiner et militer afin de lui reconnaître une véritable efficience translatrice de propriété¹⁹⁶, que le contrat soit principalement ou accidentellement translatif.

propriétaire ou à titre précaire, ainsi « *si les possesseurs pour autrui possèdent précairement et ne sont pas des possesseurs animo domini, ils n'en demeurent pas moins des possesseurs* » (n°84). Dans cette hypothèse, le transport de la seule possession, mais à titre précaire, par l'effet de la remise de la chose est tout à fait envisageable. L'analyse nous paraît critiquable car elle revient à nier la portée de la distinction entre possession et détention. Par ailleurs, l'avant-projet de réforme du droit des biens consacre expressément la différence de nature entre ces deux situations de fait. Il oppose en effet la possession, définie comme « *l'exercice paisible, public et non équivoque d'un droit par celui qui, alors même qu'il n'en serait pas titulaire, se comporte, en fait et en intention, comme s'il l'était* » (art. 543) à la détention caractérisée comme étant « *l'exercice licite d'un pouvoir précaire exercé sur un bien en vertu, notamment, d'un titre prévoyant sa mise à disposition tel le bail, le dépôt ou le prêt. Le détenteur ne possède pas pour lui-même mais pour le compte du propriétaire, sauf si son comportement, contredisant le droit du propriétaire, manifeste son intention d'être possesseur* » (art. 559).

¹⁹⁶ V. par ex. G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.409.

§ 2. L'hypothétique efficence translativ de la tradition dans certaines opérations

34 - De vaines tentatives de retrouver une remise translativ de propriété. Par principe, le droit positif ne retient pas, dans le mécanisme du transfert de propriété, la nécessité du recours à la remise de la chose. Il n'est néanmoins pas impossible qu'à titre d'exception la tradition puisse, dans certaines hypothèses spécifiques, retrouver une certaine vigueur. Différentes propositions doctrinales tendent, en effet, à lui redécouvrir un véritable rôle. Les points de résistance de la remise seraient alors considérables : dès que le principe du transfert *solo consensu* est susceptible de paraître inadapté, certains auteurs s'empressent de proposer un retour du transfert de propriété lié à la remise. Les techniques déployées sont alors de deux ordres. Certains invoquent la nature des choses transmises pour justifier le recours à la remise, d'autres, de façon peut être plus subtile, proposent une relecture plus profonde du concept de tradition propre au transfert de propriété. Pour séduisantes et habiles que soient ces différentes propositions, elles demeurent toutefois vaines. S'il est indéniable que le transfert de propriété *solo consensu* est susceptible de subir des aménagements ou des exceptions, la remise n'est jamais le moyen d'opérer le transport du droit. Ce constat doit d'ailleurs être mené que le transfert soit issu de la pure volonté des parties (A) ou qu'il intervienne à titre d'accident (B).

A. L'apparente utilité dans certains contrats principalement translatifs de propriété

35 - La nécessaire adaptation du concept de tradition. Bien qu'une partie de la doctrine s'attache à démontrer l'utilité de la tradition réelle dans certaines hypothèses, notamment en contemplation de la nature des choses, la tradition ne peut être considérée comme un véritable mécanisme d'aliénation de la propriété. Seule une conception totalement dématérialisée de la tradition peut alors être retenue. Qualifiée de "civile" la tradition retrouve, sous certaines conditions, une véritable efficence translativ. Ainsi, si la nature particulière de certains types de biens semble, en pratique, imposer un minimum de matérialité dans les transferts de leur propriété, l'apparence ne résiste pas à l'analyse (1). Toutefois, suivant un courant de pensée, une tradition dénuée de toute matérialité, et traitée comme un fait purement

intellectuel, peut être réhabilitée en tant que moyen d'opérer la mutation de la propriété (2).

1. Les points de résistance de la tradition réelle

36 - La tradition réelle considérée en contemplation de la nature des choses. En règle générale, il a pu être constaté que la tradition a été abandonnée en tant que mode de transfert de la propriété. Néanmoins, dans certaines hypothèses, il semble que celle-ci soit encore usitée. Ainsi, des considérations d'opportunité peuvent amener les parties à volontairement retarder le transfert de propriété à la remise de la chose¹⁹⁷, l'article 1138 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les contractants peuvent y déroger. À titre exceptionnel également, la loi¹⁹⁸ ou la jurisprudence¹⁹⁹ imposent une formalité pour réaliser un tel transfert. L'exigence d'une remise de la chose semble alors émerger. Malgré cela, l'examen de ces hypothèses montre que, quelle que soit la nature du bien envisagé, le recours à la tradition réelle, afin d'opérer le transfert, n'est qu'artificiel. Ces différents cas n'apparaissent que lorsque le consentement est considéré comme incapable, à lui seul, de transférer la propriété, notamment quand la nature des choses semble l'imposer. Contrairement à ce qu'affirment les présentations classiques de l'aliénation des choses de genre (a) ou des biens incorporels (b), la remise de la chose ne joue pas de rôle dans le transfert du droit.

¹⁹⁷ Tel est notamment le cas des contrats de référencement des grandes surfaces : V. F. DEBRUYNE, *Le point de vue de l'acheteur, in Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, colloque Montpellier, Cahiers dr. Entr. 1995/5, p. 40 et s., spéc. p. 41 ; de même, en matière immobilière, les parties peuvent insérer des clauses repoussant le transfert de propriété au jour de la réitération par acte authentique et « *ce moment coïncide alors avec la traditio, au moins symbolique, car c'est généralement à ce moment que le vendeur remet les clés de l'immeuble à l'acquéreur, ce qui est la manifestation de sa délivrance* », S. BECQUÉ-ICKOWIZC, *Le rôle de la traditio dans le transfert de propriété*, in *Le code de commerce 1807-2007, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p.479.

¹⁹⁸ V. par ex., art. 1585 C. Civ., « *lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement* ».

¹⁹⁹ Ainsi par exemple la Cour de cassation a pu décider que « *dans le cas de vente de chose future, il y a transmission de la propriété dès que la chose que l'on s'est engagé à livrer est effectivement en mesure d'être livrée par le vendeur et reçue par l'acheteur* », Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} août 1950, Bull. civ. I, n°184, D. 1951, somm. 68, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 24 mai 1944, DA 1944. 99, JCP 1945. II. 2742, note É. BECQUÉ.

a. Le cas spécifique des choses de genre

37 - La proximité entre individualisation et tradition. Les choses de genre auxquelles sont souvent assimilées les choses fongibles²⁰⁰ sont classiquement présentées comme les « *choses qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement* »²⁰¹. Il semble néanmoins que seule l'opposition des choses de genre avec les corps certains puisse rendre compte de la notion : serait une chose de genre, une chose qui n'est pas un corps certain, c'est-à-dire une chose qui n'a pas été individualisée²⁰². Lorsqu'un contrat translatif porte sur une chose de ce type, le transfert de propriété, qui ne peut se produire de lui-même au moment de la conclusion du contrat, est lié à l'individualisation de la chose. Cette opération désigne l'obligation qui est faite à celui qui aliène la chose de genre, d'achever la chose ou de l'identifier spécialement²⁰³. À première vue, l'individualisation semble opérer le transfert, celle-ci se confondant dès lors avec la tradition de la chose. La délivrance, opérant individualisation de la chose, emporterait la mutation de la propriété et de la possession²⁰⁴. Il est vrai que le transfert de propriété et la remise de la chose sont fréquemment concomitants en la matière. Comme le montrent certains auteurs, l'individualisation se réalise souvent, dans la pratique, par la remise matérielle de la chose, « *si bien que les deux moments, transfert de la possession et transfert de la*

²⁰⁰ L'assimilation entre ces termes est toutefois critiquée par certains auteurs, V. en ce sens, A. LAUDE, *La fongibilité*, RTD com., 1995, p. 307 et s., selon cet auteur, les choses fongibles ne seraient qu'un cas particulier d'un genre plus large, les choses de genre. « *Les choses de genre sont celles pour lesquelles les parties n'ont en vue que le groupe auquel elles appartiennent. Les choses fongibles ont donc en commun avec les choses de genre de se confondre avec d'autres* », n°13. ; R. LIBCHABER, Rep. civ., *Biens*, septembre 2002, qui définit la fongibilité comme un « *simple rapport d'équivalence entre des choses différentes qui peuvent être données l'une pour l'autre, par exemple en paiement* », n°31 ; Rapp., P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, essai sur la qualification des biens*, préface. Ph. DELEBECQUE, LGDJ 2004, n° 143.

²⁰¹ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, pub. sous la dir. de G. CORNU, PUF, 5^e éd., 1996 V°. « *Chose de genre* ».

²⁰² Pour certains auteurs, les choses de genre ne seraient qu'une « *abstraction* », elles « *n'existent pas ; elles ne sont que de purs concepts* », F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°102 et 152.

²⁰³ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, Litec, 5^e éd., 2007, n°157, p. 128.

²⁰⁴ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, op. cit., n°1084 ; F. GORÉ, *Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre*, D. 1954, chron. 31, spéc. n°4, p.162 – 163 ; J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, Sirey, 1953, n°223 et 229.

propriété coïncident »²⁰⁵. Toutefois, ce n'est pas parce que remise matérielle et transfert de propriété coïncident dans le temps qu'ils se confondent.

38 - L'individualisation n'est pas une tradition. D'après BUFNOIR, dans une vente de chose *in genere*, « la propriété ne sera transférée que lorsqu'il y aura eu tradition, ou plus exactement détermination de l'objet auquel doit s'appliquer le droit de propriété de l'acquéreur »²⁰⁶. La tradition semble se rapprocher de l'individualisation, mais la seconde ne se résume pas à la première, la tradition est une espèce d'un genre plus large : l'individualisation²⁰⁷. L'individualisation est une fin, la tradition en est un moyen. En conséquence, tout autre moyen d'individualiser suffirait aussi bien à effectuer l'aliénation²⁰⁸. L'individualisation déclenche le transfert mais ne le réalise pas. Quand le transfert de propriété a pour objet une chose de genre, la seule cause de son retard est l'indétermination de la chose²⁰⁹ ; or une fois la chose déterminée, le transfert de propriété intervient par l'effet de la convention et non par l'effet de l'individualisation. Elle est une condition du transfert mais pas la matérialisation de celui-ci.

Différentes conclusions doivent ainsi être dégagées. Tout d'abord, il est possible d'affirmer que la tradition n'est qu'une espèce d'individualisation, mais n'épuise pas la notion. Ensuite et plus largement, il semble que c'est par l'effet de la convention et non par l'effet de l'individualisation, que s'opère la mutation de la propriété des choses de genre. Ainsi, même lorsque la tradition emporte l'individualisation, ce n'est pas de son fait que la propriété est transférée. La nature spécifique de certaines choses n'apparaît dès lors pas être un critère de modification des règles du transfert de propriété, cette théorie est cependant contestée par certains auteurs, invoquant, non plus la fongibilité mais l'incorporalité comme critère d'application de règles spéciales.

²⁰⁵ S. BECQUÉ-ICKOWIZC, *Le rôle de la traditio dans le transfert de propriété*, préc., n°10, p. 482 ; V. dans le même sens : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n°157 ; G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, préc., n°11 : « les choses de genre ne s'acquièrent que par leur individualisation, soit en pratique, au moment de la livraison ».

²⁰⁶ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 40.

²⁰⁷ Sur la nature de l'obligation d'individualisation V. *Infra* n° 167.

²⁰⁸ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 41.

²⁰⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, op. cit., n°2744.

b. La particularité des biens incorporels

39 - La tradition comme mode de cession des titres négociables. En matière de biens incorporels, la mutation de la propriété est parfois retardée à la remise d'un titre négociable ou à une inscription en compte. Cette opération est le fruit du caractère "négociable" de certains biens. La loi substitue parfois au lourd mécanisme de l'article 1690 du Code civil, un mode de cession plus rapide et mieux adapté aux nécessités du droit commercial : la tradition de la chose²¹⁰. D'après un auteur, la négociabilité s'entend de « *l'aptitude d'un titre à être cédé par un procédé simplifié "du droit commercial", c'est-à-dire la simple remise assortie (titre à ordre) ou non (titre au porteur) d'un endossement* »²¹¹. En ce qui concerne les titres à ordre, il ne semble pas que la remise soit l'élément permettant de transférer la propriété. La formalité de l'endossement translatif est seule apte à opérer un tel transfert. La jurisprudence est établie en la matière : en l'absence de mention d'endossement, la remise matérielle ne suffit pas à conférer au détenteur la qualité de porteur légitime²¹².

En matière de titre au porteur, la solution paraît différente. En vertu de la théorie de l'incorporation de la créance au titre, la remise octroie la détention des titres au porteur, sans qu'il soit besoin de les endosser. Ceux-ci sont représentés par un titre matériel dans lequel s'incorpore le droit. Cette "titrisation" de la créance va « *lui insuffler, par une transmutation juridique, la corporalité du support qui l'exprime* »²¹³. Le titre est considéré comme un meuble corporel qui « *se transmet de la main à la main* »²¹⁴, le porteur du titre est réputé être le titulaire de la créance. La seule tradition fait acquérir au preneur une détention du titre, et, par là-même, la qualité de porteur régulier²¹⁵. Le droit du porteur d'exiger le paiement se déduit donc

²¹⁰ S. BECQUÉ-ICKOWIZC, *Le rôle de la traditio dans le transfert de propriété*, préc., n°11, p. 483, « *la traditio n'est donc pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser, synonyme de lourdeur, mais peut au contraire parfaitement répondre aux besoins de simplicité et de rapidité du droit commercial* ».

²¹¹ D. R. MARTIN, *Du titre et de la négociabilité (A propos des pseudo-titres de créance négociables)*, D. 1993, p. 20, spéc. p. 23.

²¹² Cass. com., 13 octobre 1970, Bull. civ. IV, n°265 ; Cass. com. 29 mai 1979, Bull. civ. IV, n°179, Cass. com. 27 février 1990, Bull. civ. IV, n°56 ; Cass. com. 24 novembre 1992, 1^{ère} esp., RJDA, 1993, 130 ; Paris, 19 décembre 1984, D. 1985, IR, 419, obs. M. CABRILLAC ; G. RIPERT, et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., 2004, n°2017.

²¹³ D. R. MARTIN, *Du billet au porteur*, obs. sous Cass. com. 15 janvier 2002, D. 2003, somm. p. 341.

²¹⁴ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° « titre au porteur ».

²¹⁵ Cass. com. 15 janvier 2002, JCP G 2002, IV. 1325 ; D. 2003, somm. 341, *op. cit.*

de la détention du titre²¹⁶. L'hypothèse est toutefois marginale, puisqu'elle ne vise que les titres au porteur non dématérialisés²¹⁷, qui comme le note un auteur, « *se sont raréfiés depuis que la loi du 30 décembre 1981 est venue dématérialiser l'ensemble des valeurs mobilières, nominative ou au porteur, cotées ou non cotées* »²¹⁸.

40 - La scripturalisation : un nouveau type de tradition ? Aujourd'hui la transmission des valeurs mobilières s'opère par une inscription en compte. Certains auteurs voient dans cette opération une réminiscence de la nécessité d'une tradition réelle pour opérer la mutation de propriété. Les valeurs mobilières auraient, malgré la dématérialisation opérée par la loi du 30 décembre 1981, conservé une certaine corporalité²¹⁹. Dès lors, l'inscription en compte serait synonyme de tradition réelle. Celle-ci opérerait, matériellement, le transport de la créance. Mme BECQUÉ-ICKOWICZ, ne cédant pas à une conception aussi « *corporatiste* »²²⁰ des valeurs mobilières, estime quant à elle, que « *l'inscription est, d'un point de vue fonctionnel, l'équivalent de la remise du titre antérieurement exigé. Représentant la créance, le jeu d'écriture symbolise bien la remise, la mise en possession, donc la traditio [...] dématérialisée, symbolique* »²²¹. Ces conceptions de l'inscription ne suscitent toutefois pas une totale adhésion. Directement, l'inscription en compte ne permet pas d'opérer, en elle-même, le transfert de propriété ; elle n'en est qu'une preuve. Peut ainsi lui être accordé un rôle probatoire, à l'image de celui de la possession en matière mobilière²²² : la possession n'est pas la propriété mais est un élément permettant d'apporter la preuve de celle-ci. Le raisonnement mené à l'égard de la combinaison

²¹⁶ Le Code monétaire et financier prévoit également, dans certains cas particuliers, que la remise d'un bordereau opère transfert de propriété de la créance. Il en est ainsi pour la cession de créances professionnelles (art. L. 313-23 et L. 313-27 C. mon. fin.) et pour la cession de créances d'un fonds commun de créances (art. L. 214-43 al. 8 C. mon. fin.).

²¹⁷ On vise ici notamment les effets de commerce émis ou endossés au porteur ou en blanc, ainsi que les valeurs mobilières étrangères. La catégorie des titres au porteur est en perpétuel rétrécissement depuis un décret du 4 août 1949 qui permet à ces titres de perdre leur matérialité. Leur titulaire pouvant, s'il le souhaite, être inscrit à un compte tenu par la S.I.C.O.V.A.M. (Société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières) qui facilite la circulation des valeurs mobilières par des virements de compte à compte, et y déposer ses titres.

²¹⁸ S. BECQUÉ-ICKOWICZ, préc., n°11, note 37.

²¹⁹ D. R. MARTIN, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1996, Chron. 47 ; *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, D. 1998, Chron. 15 ; *La théorie de la scripturalisation*, D. 2005, 1702.

²²⁰ S. BECQUÉ-ICKOWICZ, préc., n°12, p. 484.

²²¹ *Ibid.*

²²² P. DIDIER, *Droit commercial*, T. 3, Thémis Droit privé, PUF, 1^{ère} éd. 1999, p.141, « *en matière de valeurs mobilières, inscription vaut titre* » ; G. RIPERT, et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, op. cit., n°1766.

des articles 1141 et 2279 du Code civil²²³ est dès lors susceptible d'être prolongé ici. Celui qui bénéficie d'une inscription en compte est présumé avoir acquis les valeurs et en être le légitime propriétaire. La remise des valeurs par le mécanisme de la scripturalisation permet d'en acquérir la possession, qui elle-même peut mener à la propriété, mais elle ne transfère pas directement la propriété des valeurs mobilières. En admettant que l'écriture en compte puisse être assimilée à une tradition symbolique, elle n'est pas, à elle seule, en mesure d'opérer le transport de la propriété.

Le recours à la tradition réelle, voire symbolique, sous la forme d'une inscription en compte, apparaît comme inefficace, de par ses seuls effets, à transférer la propriété. De même, les théories visant à consacrer la remise de la chose comme élément déterminant du transport de la propriété des choses de genre peuvent être écartées. Afin de consacrer une certaine efficience translatrice à la tradition, des auteurs en ont théorisé un genre détaché de toute "réalité", plus abstrait, et donc purement intellectuel.

2. Le recours à la notion de tradition civile

41 - La tradition civile, un concept flou. Souvent invoquée par les auteurs afin d'expliquer le principe du transfert de propriété *solo consensu*, le concept de tradition civile n'a pas de contours particulièrement bien définis. Le flou régnant autour de cette notion en permet différentes interprétations souvent contraires les unes des autres. Les faiblesses de la définition dégagées majoritairement en doctrine (a), conduisent à en proposer un renouvellement plus en adéquation avec l'analyse duale du transfert de propriété (b).

a. La conception "classique" d'une tradition purement théorique

42 - La définition de la notion de tradition civile. Présentant le principe du transfert *solo consensu*, PORTALIS, affirmait que « *le système est encore plus favorable au commerce. Il rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la tradition matérielle d'une chose vendue était nécessaire pour rendre une vente parfaite. Par la seule expression de notre volonté nous acquérons pour nous-mêmes, et nous transportons à autrui toutes les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions. Il*

²²³ V. *Supra* n° 25.

s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose et le paiement du prix »²²⁴. La citation a été reprise, par une partie de la doctrine²²⁵, lui permettant d'adopter une interprétation particulière de l'article 1138²²⁶ du Code civil. L'exigence d'une tradition n'aurait pas été supprimée par le Code civil, mais une tradition civile aurait été substituée à la tradition réelle. L'accord des volontés, nécessaire au transport de la propriété, constituerait la substance de cette tradition, purement intellectuelle. La théorie selon laquelle le transfert de propriété s'opèrerait par le recours à la tradition civile trouve une assise textuelle dans certains textes du Code. Ainsi, l'article 938²²⁷ paraît la consacrer implicitement. La précision « *sans qu'il soit besoin d'autre tradition* » implique nécessairement l'existence d'une tradition antérieure à celle dont l'utilité est ici niée. Cette hypothèse est confirmée par le fait que le projet primitif du Code complétait l'article par « *que celle qui résulte du consentement* »²²⁸, cette disposition finale ayant été supprimée en raison de sa redondance avec la première partie de l'article. Le « *seul consentement des parties* » constituerait la première tradition, civile, donc intellectuelle et dématérialisée²²⁹.

²²⁴ J.-E.-M. PORTALIS, in *Code civil des français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement, des rapports faits au Tribunat au nom de la Commission de législation, des opinions émises dans le cours des discussions, des discours prononcés par les orateurs du Tribunat*, T. VI, Paris, Firmin-Didot, 1804, p. 7.

²²⁵ M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, T. I, op. cit., n°2595 ; F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., n°270, note 41 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°278, p. 283 ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, JCP 1997, II, 22821 ; *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil*, RTD civ. 2000, p.477 ; S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999, n°300 et s. ; Y. LOUSSOUARN, *Cours de droit civil (doctorat), Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, op. cit., p. 27.

²²⁶ « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

²²⁷ « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. »

²²⁸ PLANIOL opère ici un rapprochement avec l'article 278 de la coutume d'Orléans qui aurait servi de modèle à l'article 938 : « *Dessaisine et saisine [...] valent et équipollent à tradition de fait et prise de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension.* », M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, T. I, op. cit., n°2595.

²²⁹ *Contra* N. PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, Thèse Montpellier, 1997, n°233. Pour cet auteur, lorsque PORTALIS évoque l'idée d'une tradition civile, il entend expliquer un phénomène nouveau (le transfert de propriété *solo consensu*) en se référant à l'expérience déjà connue de la tradition. De plus, les termes « *autre tradition* » de l'article 938 du Code civil signifieraient « *aucune tradition* ».

43 - Le rôle de la tradition civile : l'explication du transfert *solo consensu*. L'appréhension du transfert de propriété au travers de la notion de tradition civile entraîne une nécessaire exégèse de l'article 1138 du Code civil. L'analyse permet d'y découvrir la suppression de l'antique différence entre le *modus acquirendi* et le *titulus ad acquirendum* et de décider qu'*inter partes* le seul consentement est translatif de propriété. PORTALIS propose ainsi de différencier deux traditions : l'une civile et nécessaire pour opérer le transfert de propriété, l'autre matérielle qui ne serait que facultative. La tradition civile de l'alinéa premier de l'article 1138 du Code civil apparaît, dès lors, comme la consécration de la pratique antérieure des clauses de dessaisine-saisine devenues de style dans l'Ancien droit²³⁰. Les parties s'étaient habituées à se passer de la tradition réelle pour opérer le transfert de propriété, lui substituant un simple jeu d'écriture et de clauses, les codificateurs les en dispensent. La tradition civile est aujourd'hui sous-entendue dans le contrat. La loi tient la tradition pour exécutée, alors même que la remise de la chose, la tradition réelle, quant à elle, ne l'a pas encore été. Les clauses de dessaisine-saisine ne sont plus nécessaires, puisqu'elles sont sous entendues par le législateur, « *elles se trouvent impliquées dans le fait générateur de l'obligation, donc dans la convention* »²³¹. L'article 1138 semble donc affirmer que la tradition est réputée faite à l'époque où les parties ont voulu la placer. Si le contrat est muet quant au moment du transfert, celui-ci s'opère au moment même du contrat, si les parties ont stipulé à ce sujet, le transfert se réalise au moment prévu. La loi tient la tradition pour faite, mais respecte l'intention des parties et place le transfert de propriété au moment choisi par elles. Cette affirmation exclut l'obligation de livrer – puisqu'elle « *est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* » – donc l'exigence d'une tradition réelle, ces deux termes étant tenus pour synonymes²³² en ce qui concerne le transfert de la propriété. Ainsi, c'est le recours à la tradition civile qui permet d'expliquer le principe du transfert *solo consensu*.

44 - Des effets au demeurant limités. Adoptant une position critique du transfert de propriété *solo consensu*, certains auteurs limitent dans leur analyse l'effet de la tradition civile : elle ne transférerait qu'une propriété relative. Le contrat n'emporterait le transport que d'« *une propriété restreinte entre les parties* »²³³. Un

²³⁰ V. *Supra* n° 19.

²³¹ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat, op. cit.*, p. 45.

²³² Sur la signification de l'expression "obligation de livrer", V. toutefois, *Infra*, n°101.

²³³ M. HUREAUX, *Etude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre vifs. Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure*, Revue de droit français et étranger 1846, T. III p. 765. L'auteur analyse ce droit transmis comme un droit de créance.

« *pur droit [qui] ne doit pas être confondu avec la maîtrise complète de la chose, ou propriété pleine et entière (domini pleni natura), qui ne s'obtient que par la délivrance* »²³⁴. La thèse est séduisante en ce qu'elle a l'avantage de concilier les articles 1138 et 1141, la condition de bonne foi étant alors traitée comme un moyen de pallier la fraude²³⁵. En application de la règle de l'effet relatif des conventions, le droit transféré par la tradition civile ne serait qu'une propriété relative, qui n'aurait de valeur qu'entre les parties. Il ne s'agirait que d'un "droit à la chose", c'est-à-dire « *le droit de se faire remettre la chose et le devoir d'en supporter les risques* »²³⁶. Ainsi, suivant cette théorie, en matière de vente seule la délivrance ou tradition emporte le transfert de la pleine propriété, sous réserve du paiement du prix²³⁷. Le moment du transfert de propriété correspond alors au moment de la délivrance. La conception proposée ici paraît très proche du droit romain et de l'Ancien droit qui subordonnaient, dans la vente, le transport de la propriété au paiement du prix²³⁸ ; or, cette théorie peut surprendre notamment en raison la volonté des codificateurs de s'affranchir d'un système trop formaliste. De plus la conception scindant la propriété, en une propriété relative et une propriété opposable à tous, ne semble pas, malgré les efforts des auteurs pour la rapprocher des textes du Code, être celle retenue par les codificateurs. En outre, l'exigence d'une tradition matérielle pour opérer le transfert de la propriété pleine et entière confirmerait une logique quelque peu particulière des codificateurs : ceux-ci auraient renoncé à la tradition réelle et l'auraient remplacé par une tradition civile pour opérer le transfert de la propriété entre les parties, mais auraient maintenu cette exigence en ce qui concerne le transfert à l'égard de tous. La propriété serait ainsi subordonnée à la maîtrise effective de la chose. Pourquoi dès lors ne pas

²³⁴ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, op. cit.*, n°35, p. 496. Les auteurs caractérisent également cette propriété comme étant une « *simple faculté morale* », n° 46, p. 501.

²³⁵ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *préc.*, n°37, p. 497.

²³⁶ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *préc.*, n°38, p. 497.

²³⁷ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *préc.*, selon ces auteurs, en droit civil, le paiement du prix conditionne dans certaines hypothèses, le transfert de la propriété : « *le code invite à distinguer plusieurs hypothèses. Ou bien, le vendeur a remis la chose en accordant un délai de paiement et, dans ce cas, la propriété est transmise à l'acheteur, même si celui-ci est ensuite déclaré en redressement judiciaire avant d'avoir acquitté le prix. Ou bien, la remise s'est faite sans l'octroi exprès d'un délai de paiement et le vendeur reste propriétaire de la chose avec la possibilité de la revendiquer dans les conditions de l'article 2102 4°. Ou bien encore la vente a été conclue avec un délai de paiement, mais l'acheteur est en déconfiture ou en faillite avant d'être mis en possession de la chose, et le vendeur ne sera plus obligé de la lui délivrer sans obtenir un paiement préalable ou une caution (art. 1613). L'économie générale du système est donc de lier, autant que faire se peut, le transfert de propriété et le paiement du prix* ».

²³⁸ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T.III, *Traité du contrat de vente, traité des retraits, traité du contrat de constitution de rente*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861, n°372, p. 134 : « *il est particulier à la tradition qui se fait en exécution du contrat de vente, qu'elle ne transfère la propriété à l'acheteur que lorsque le vendeur a été payé ou satisfait du prix* ».

maintenir en la matière le principe ancien ? Une autre critique peut être relevée à ce sujet. Dans l'hypothèse d'une vente conclue avec une clause de réserve de propriété, si le transfert de la propriété s'opère par la tradition, il est impossible d'expliquer que le vendeur reste propriétaire de la chose alors même que l'acquéreur l'a entre ses mains²³⁹.

Si le recours à la notion de tradition civile en droit positif, afin d'expliquer le mécanisme du transfert *solo consensu*, est utile, la conception classiquement retenue semble comporter de trop nombreuses faiblesses. Partant, une analyse alternative de celle-ci paraît souhaitable.

b. Le renouvellement du concept de tradition civile

45 - La notion de tradition civile à l'aune de la conception duale du transfert de propriété. L'analyse présentée de la tradition civile en tant que fait générateur du transfert de propriété ne semble pas parfaitement adaptée à la conception duale du transfert de propriété²⁴⁰, celui-ci consistant en une renonciation au pouvoir sur la chose, puis un acte d'acquisition de celle-ci. Dans la conception "classique" de la tradition civile, elle ne semble s'entendre que comme un synonyme de l'échange des consentements dont le but est de transférer la propriété. Or en reprenant la citation de PORTALIS un autre sens peut être découvert. « *Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile* »²⁴¹ ne signifie pas nécessairement que la tradition civile s'entend du transfert de propriété en son entier²⁴². Toutes les étapes du transfert de propriété ne se trouvent pas incorporées dans la tradition civile. Cette hypothèse peut être confirmée en reprenant la suite des propos du codificateur : la tradition civile « *donne action pour forcer la tradition réelle* ». Il ne peut être affirmé ici que le fait de donner une action pour forcer la tradition réelle consomme nécessairement, même fictivement, le transfert du bien. N'importe quel contrat emportant une obligation de remise de la chose donne une action pour forcer la tradition réelle²⁴³. Dès lors, il apparaît que la tradition civile ne peut être interprétée

²³⁹ Critique émise par P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., n°805, p. 262.

²⁴⁰ V. *Supra* n°29 et s.

²⁴¹ J.-E.-M. PORTALIS, préc.

²⁴² *Contra*, Y. LOUSSOUARN, *Cours de droit civil (doctorat), Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, 1970, Pour l'auteur, l'affirmation de PORTALIS selon laquelle « *il s'opère dans le transfert de propriété une sorte de tradition civile* », signifie que ce dernier analysait le contrat lui-même comme une tradition civile, ayant pour effet de consommer le transfert du droit.

²⁴³ Sur l'exécution forcée de la remise, V. *Infra*, n° 321 et s.

que comme le premier acte du transfert de propriété : l'abdication du droit en faveur du futur propriétaire. Par la tradition civile, le propriétaire renonce à sa propriété en faveur de l'*accipiens*, et c'est en raison de cette abdication du droit que le bénéficiaire du transfert va pouvoir forcer la tradition réelle. Le *tradens* renonçant à toute prérogative juridique sur le bien, l'*accipiens* peut être mis en possession.

46 - L'importance de la tradition civile dans la prise de possession.

Corrélativement à l'abdication du droit par le cédant et donc à l'abdication de la volonté de se comporter comme le propriétaire de la chose, le bénéficiaire voit se recréer en sa personne l'*animus domini* nécessaire à l'acquisition de la propriété. L'*animus* se recrée chez l'*accipiens* lorsque le *tradens* renonce à son droit. En cela la tradition civile peut être considérée comme un mécanisme plural. Tandis que l'un renonce à ses prérogatives, l'autre acquiert la volonté de se comporter comme le maître de la chose. Ce mécanisme permet à l'ancien propriétaire de renoncer à son droit en faveur de l'*accipiens*. Mais il ne renonce ici qu'au droit et pas encore à la chose²⁴⁴. Ce n'est que par l'acte d'acquisition que le bénéficiaire du transfert de propriété peut l'acquérir. La prise de possession est alors déterminante dans la reconstruction de la propriété dans le patrimoine de l'acquéreur. Pour permettre l'acte d'acquisition, le *tradens* doit abandonner la chose, la laisser à la libre disposition de l'acquéreur, qui dès lors, peut véritablement l'acquérir, en acquérant le *corpus*. Ici toutefois, l'acte d'acquisition n'implique pas nécessairement la remise matérielle de la chose. Certes, le bénéficiaire peut « forcer la tradition réelle », mais cela uniquement si l'ancien propriétaire ne s'exécute pas spontanément. Dans le cas inverse, la tradition réelle n'est pas un mode indispensable de mise en possession. L'acte d'acquisition nécessaire se traduit par l'appréhension du *corpus*²⁴⁵ mais non nécessairement par sa remise. Une définition peu "corporelle" de celui-ci permet de consacrer cette théorie. Il ne s'agit pas toujours d'un contact physique entre la personne et le bien, mais de la simple faculté d'exercer les actes de propriétaire, de la potentialité d'exercer ce contact. Il peut, dès lors, s'exercer en dehors de toute emprise matérielle sur la chose²⁴⁶. L'empreinte de SAVIGNY est ici prégnante. L'éminent auteur a pu dégager une conception unitaire du *corpus* possessoire. Il

²⁴⁴ V. *Supra* n°29 et s.

²⁴⁵ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préface M. GRIMALDI, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n°53. L'auteur estime que l'expression « *appréhension matérielle* » est inadaptée sur le plan terminologique : « *l'appréhension se définit comme le fait de saisir par l'esprit et l'adjonction de l'adjectif "matérielle" conduit à un barbarisme, alors que le terme de préhension se définit comme l'action de saisir, de prendre et correspond parfaitement à la conception traditionnelle du corpus qui a d'abord été entendu comme un contact physique avec la chose* ». Le terme *appréhension* retrouve, cependant, toute sa signification lorsqu'est en cause une possession symbolique, dématérialisée.

²⁴⁶ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, *op. cit.*, n°94.

dépasse ainsi la conception traditionnelle qui le définit comme la relation directe du sujet avec la chose, supposant une appréhension physique sous forme de contact matériel. Il remarque alors que cet élément matériel a été rendu possible avant même d'être réalisé, ce qui lui permet de retenir comme définition du *corpus*, le simple pouvoir d'action, la possibilité d'agir qui manifeste la maîtrise de l'individu sur la chose²⁴⁷. En adoptant une telle définition du *corpus* il peut être affirmé que prise de possession et tradition matérielle sont indépendantes. L'*accipiens* peut se mettre en possession dès que le *tradens* a abandonné la chose et sans qu'il soit nécessaire de recourir au mécanisme de la tradition réelle. C'est donc le recours à la tradition civile, en tant que fait générateur de l'abdication du droit, qui permet de créer les conditions nécessaires à la prise de possession et à la reconstitution de la propriété.

47 - Synthèse. La remise de la chose n'est jamais en mesure d'emporter le transfert de propriété. Malgré les efforts déployés par la doctrine pour la réhabiliter, la conception retenue par le Code exclut toute possibilité de l'ériger en mode de transfert de propriété. Si l'apparence pourrait conduire à une conclusion inverse en matière de transfert de chose de genre ou de bien incorporel, elle ne résiste pas l'analyse : seule la volonté opère la mutation du droit de propriété. Récemment redécouvert, le concept de tradition civile constitue un point de résistance, mais devant être considéré comme une opération plus intellectuelle que matérielle, il ne saurait être assimilé à la remise même de la chose. Cette limitation du rôle de la remise dans le transfert de propriété est donc inéluctable lorsque le transfert intervient à titre principal. Pour autant, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles celui-ci n'est pas directement voulu par les parties. Devenant accidentel, le transfert pourrait alors se réaliser par la tradition.

B. L'inutilité manifeste dans les contrats "accidentellement translatifs" de propriété

48 - Un transfert de propriété accidentel. Dans les contrats qualifiés traditionnellement de "translatifs de propriété", la vente et l'échange par exemple, le transfert de propriété est l'objectif poursuivi par les parties. Dans certaines situations, toutefois, il n'est pas considéré comme une fin, mais comme un moyen de parvenir à l'opération économique souhaitée. Dans le but de s'adapter à la spécificité des

²⁴⁷ F.-C. von SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, Durand et Pedone Lauriel, 2e éd., traduction de H. Staedler, 1878, p. 193, § 14.

opérations souhaitées le régime du transfert de propriété peut alors être dérogatoire au droit commun. L'éventualité d'une dérogation aux articles 711 et 1138 du Code civil fait songer, à tort, à une possible efficience translatrice de la remise de la chose. Dans ces hypothèses, le transfert de propriété peut être qualifié d'accidentel²⁴⁸, la mutation de la propriété pouvant alors être subie (1) ou nécessaire (2).

1. Un transfert de propriété "subi"

49 - La notion de transfert "subi". Le transfert de propriété, bien qu'indispensable à la réalisation de l'objectif poursuivi par les parties, peut dans certains cas, s'opérer indépendamment de la volonté de ces dernières, pour cette raison il peut être qualifié de subi. Dans cette hypothèse, les parties n'ont, en effet, manifesté leur volonté que sur le transfert de la seule détention précaire du bien et non sur la mutation de la propriété. Elles subissent donc le transfert de propriété. L'indissociabilité entre la remise d'une détention précaire et le transfert de la propriété apparaissant comme imposée par la nature des choses (a), conduit à opérer un lien entre l'utilisation du bien et le transport du droit (b).

a. Un transfert de propriété imposé par la "nature des choses"

50 - Transfert de propriété et nature des choses. La nature de certaines choses semble imposer un lien entre l'acquisition matérielle de l'usage et le transfert de la propriété. Les contrats dont l'objet est un transfert de l'usage ou de la simple détention des choses consommables ou fongibles, emportent nécessairement leur transfert de propriété, « le détenteur de la chose fongible ou consommable n'a rien de la précarité qui s'attache à sa condition »²⁴⁹. Dans le cas d'une chose consommable, l'usage de la chose coïncide avec la consommation du bien ; or si la faculté de disposer du bien ou d'en altérer la substance correspond à son usage, il est possible d'en déduire que « l'usage du bien consommable impliquerait l'acquisition

²⁴⁸ L'expression "transfert accidentel" est empruntée à R. LIBCHABER, *Une fiducie française, inutile et incertaine...*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303, spéc. n°8, p. 312.

²⁴⁹ F. ZENATI, *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempyscose de la valeur)*, in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, n°2, p. 606.

concomitante de la qualité de propriétaire »²⁵⁰. En ce sens, il est traditionnellement enseigné que, par exemple, le prêt de consommation emporte un transfert de la propriété du bien objet du contrat²⁵¹. De la même manière, les contrats ayant pour objet de conférer l'usage des choses de genre entraînent un transfert de la propriété de ces biens²⁵². Dans ce cas, le transfert est lié à l'« impossibilité effective de les individualiser et de les identifier, résultant de leur confusion avec des biens identiques appartenant au créancier »²⁵³. La mutation de la propriété apparaît alors comme implicite²⁵⁴. Un auteur explique le mécanisme du transfert comme une conséquence de la perte de l'action en revendication pour le *tradens*. Une fois remises à l'*accipiens*, les choses consomptibles et fongibles se mêlent dans le patrimoine de ce dernier à ses propres biens, elles ne sont alors plus reconnaissables et ne peuvent ainsi plus être revendiquées par leur propriétaire ; or la perte de la faculté de revendiquer est assimilée à la perte de la propriété²⁵⁵. Le transfert de propriété serait le fruit de la « force des choses »²⁵⁶.

51 - Les critiques adressées au mécanisme du transfert subi. Le fait qu'un simple détenteur précaire de la chose soit considéré comme propriétaire est déroutant. Certains cas sont en effet particulièrement marquants : par exemple, le

²⁵⁰ B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, Thèse Paris XI, 1999, n°6, l'auteur refuse cependant de considérer qu'une telle opération puisse opérer un transfert de propriété, mais estime qu'il ne s'agirait que d'une « utilisation du bien d'autrui » n°38.

²⁵¹ Art. 1893 du Code civil ; le transfert de la propriété est même de l'essence du prêt de consommation, R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T.V, *Traité du contrat de prêt de consommation*, par M. BUGNET, Cosse et Marchal, Plon, 2e éd., réimpr. 1861, « il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que la propriété de la chose prêtée soit transférée à l'emprunteur », n°4, p. 41.

²⁵² Pour certains auteurs toutefois, l'idée de ce transfert de propriété ne serait pas « substantiellement justifiable », proposant une conception plus positive de la fongibilité faisant porter la propriété sur toutes les choses identiques à celles remises dans le patrimoine de l'*accipiens*. Le droit de propriété ne se perdrait donc plus en remettant une telle chose, mais il se reporterait sur d'autres. Cela entraînerait ainsi la reconnaissance d'un « droit de propriété flottant », R. LIBCHABER, Rep. civ. Dalloz, *Biens*, préc., n°34. Cette conception semble cependant, de l'aveu même de l'auteur, particulièrement en marge des conceptions doctrinales traditionnelles du droit de propriété et de la fongibilité.

²⁵³ A. AYNÈS, *Validité et spécificité du gage-espèces*, RDC 2008, n°2, p. 425, spéc. n°6 ; Adde, P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle – Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 4, 2004, préface Ph. DELEBECQUE, n°215, p. 185.

²⁵⁴ R. LIBCHABER, *Une fiducie française, inutile et incertaine...*, préc., n°8, p. 312.

²⁵⁵ En ce sens, le transfert de propriété résulterait « d'une sorte d'accident, qui n'est que très indirectement un effet de la loi », *Ibid.* ; *Contra*, S. STORCK, *La revendication des choses fongibles*, RRJ 1996-2, p. 483, spéc. n°23, p. 495, l'auteur ne voyant pas de « lien de cause à effet » entre la confusion des biens et l'acquisition de la propriété.

²⁵⁶ F. LEDUC, *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?*, RTD civ. 1995, p. 307, spéc. n°7.

dépositaire, dans le cadre d'un dépôt irrégulier et le créancier gagiste, dans l'hypothèse d'un gage portant sur une chose consomptible ou fongible, acquièrent la propriété, alors même qu'ils n'ont en principe pas le droit de se servir de ces biens. De même, le quasi-usufructier, « *dont on sait qu'il exerce pourtant un droit sur la chose d'autrui [...] a l'usufruit de sa propre chose* »²⁵⁷. La contestation du caractère translatif de telles opérations n'est pas nouvelle, POTHIER consacre ainsi de longs développements à contredire SAUMAISE qui affirmait que le prêt de consommation n'entraînait pas de transfert de propriété, le prêteur conservant le *dominium* des sommes prêtées²⁵⁸. Plus récemment, des auteurs ont pu faire remarquer que l'effet translatif étant attaché à l'indissociabilité entre *usus* et *abusus*, le gage ne pouvait être translatif de propriété puisqu'il n'a pas pour objet de transférer l'*usus*. Les actes pouvant être passés par le créancier gagiste afin de préserver son gage, notamment l'aliénation de celui-ci si la chose menace de dépérir, seraient jugés utiles et pourraient se justifier par les règles de la gestion d'affaires et non par un effet translatif de l'opération²⁵⁹. Le même type de critiques s'est porté envers l'éventualité d'un transfert des biens dans le cadre d'un dépôt irrégulier, et plus particulièrement le dépôt de monnaie en banque²⁶⁰, malgré l'admission d'un tel mécanisme translatif par la Cour de cassation²⁶¹. Afin, toutefois, de justifier l'effet translatif de ces opérations, et plus spécialement celui du dépôt irrégulier, un auteur invoque un argument « *d'ordre économique et de pure opportunité* »²⁶² qui ne manque cependant pas de pertinence. En contemplation de la confusion due à la fongibilité des biens, il serait

²⁵⁷ F. ZENATI, *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur)*, préc., n°2, p. 606.

²⁵⁸ C. SAUMAISE affirmait qu'« *il n'intervenait aucune aliénation dans le contrat de mutuum et que le prêteur retient le dominium, ou la propriété de la somme ou quantité qu'il a prêtée, non pas (...) la vérité des corps et individus dont la somme ou quantité considérée indeterminate et abstrahendo a corporibus qui doit lui être rendue par l'emprunteur à qui il n'en a accordé que l'usage* », n°8, p. 43 cité par R.-J. POTHIER qui réfute cette théorie en cela qu'elle confond le *jus in re* et le *jus ad rem*, in *Traité du contrat de prêt de consommation*, op. cit., n°9 et s. p. 43-44.

²⁵⁹ F. LEDUC, *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?*, préc., n°8 et 13.

²⁶⁰ F. GRUA, *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, p. 259, qui considère que le dépôt d'espèces ne peut entraîner un transfert de leur propriété. L'auteur adopte toutefois un point de vue particulier en ce qu'il considère que la monnaie n'est pas un bien mais une chose (n°5), et qu'à ce titre elle ne peut faire l'objet d'un droit de propriété. Le seul pouvoir matériel envisageable sur celle-ci serait dès lors la détention (n°7). La qualification donnée à ce type d'opération a été discutée en doctrine ; ainsi si certains y voient un dépôt irrégulier (V. en ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, LGDJ, 16e. éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n°2361), d'autres l'ont assimilé à un prêt de consommation (V. en ce sens J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, T. 2, Dalloz, 1966, n°1640), d'autres, enfin, considèrent qu'il s'agit d'un contrat innommé (V. en ce sens, J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n°1339).

²⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 févr. 1984, Bull. civ. I, n° 49 ; Defrénois 1984, art. 33427, note C. LARROUMET. Sur l'appropriation de la monnaie, V. *Infra* n° 274 et s.

²⁶² S. STORCK, *La revendication des choses fongibles*, op. cit., n°25.

« *plus simple de rendre le dépositaire propriétaire des biens déposés* »²⁶³. Ce serait donc la perte de l'action en revendication qui se déduirait du transfert de propriété, et non plus l'inverse, l'*accipiens* restant malgré cela débiteur d'une obligation de restitution. Si la propriété n'apparaît plus comme un effet de la confusion mais comme la source de celle-ci, il convient de déterminer comment s'opère le transfert du droit.

b. L'usage, condition de l'acquisition de la propriété

52 - Le rapport entre usage et propriété : la force de la res. À considérer que les contrats procurant l'usage d'une chose fongible ou consommable entraînent un transfert de la propriété du bien en question, il faut se demander lequel des deux pouvoirs emporte l'autre. La propriété conditionne-t-elle l'usage de la chose, ou est-ce l'usage de la chose qui emporte la propriété ? En d'autres termes, ne peut-on user d'une chose de cette nature qu'autant que l'on est propriétaire, ou est-on considéré propriétaire à mesure que l'on utilise la chose ? Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 janvier 2004 est éclairant à ce sujet. La Haute juridiction déclare que « *l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client* »²⁶⁴. Il apparaît que selon cet arrêt, l'emprunteur d'argent acquiert la propriété des fonds mis à sa disposition par l'établissement de crédit au fur et à mesure de l'utilisation qu'il en fait. Le transfert semble donc s'opérer en fonction de l'usage ; dès lors, l'utilisation de la chose conditionnerait le transfert de la propriété. La logique historique du contrat réel de prêt de consommation²⁶⁵ est inversée, de façon plus marquante encore que n'a pu le faire l'arrêt du 28 mars 2000²⁶⁶. Ce n'est pas la remise des fonds qui prime ici

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Cass. com. 21 janvier 2004 ; Bull. civ. IV, n°13, p. 14 ; JCP éd. E. 2004, p. 814, note J. STOUFFLET ; RTD com. 2004, p. 352, note D. LEGAIS ; C. JAMIN, *L'incertaine qualification de l'ouverture de crédit*, D. 2004 p. 1149 ; S. PIEDELIEVRE, *Nature juridique de l'ouverture de crédit en compte courant au regard du contrat de prêt*, JCP, 2004, II 10062 ; V. AVENAROBARDET, *L'ouverture de crédit est une promesse de prêt*, D. 2004 p. 498 ; D. HOUTCIEFF, *Les promesses à l'épreuve de la dure réalité du prêt*, RDC 2004 p. 743 ; M. COHEN-BRANCHE, *Dans quelle mesure une ouverture de crédit donne-t-elle naissance à un prêt?*, LPA 2004, n°28, p. 5.

²⁶⁵ Sur lequel, V. *Infra*, n° 74.

²⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°105 ; GAJC, 11^e éd., n°269-270 (II) ; D. 2000, p. 482, n. S. PIEDELIEVRE ; D. 2000, somm. p. 358, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2001, somm. p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; D. 2002, somm. p. 640, obs. D.-R. MARTIN ; JCP 2000, II, 10296, concl. J. SAINTE-ROSE ; JCP N. 2000, II, p. 1270, note D. LOUCHOUARN ; Defrénois, 2000, p. 720, obs. J.-L. AUBERT ; CCC 2000, n°106, obs. L. LEVENEUR ; pour une analyse plus critique de la décision V. F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492.

mais l'utilisation que l'emprunteur décide d'en faire²⁶⁷. Si la qualification du prêt de consommation en contrat consensuel n'est évidemment pas remise en cause par cette décision²⁶⁸, la logique de l'acquisition de la propriété est, quant à elle, modifiée. L'idée suivant laquelle le transfert de propriété est subi est ici manifeste, les parties ne peuvent conférer l'usage d'une chose fongible ou consommable sans opérer la mutation du droit attaché au bien visé. Le sort de la chose conditionne celui du droit. La *res* se voit ici confier une véritable force : le pouvoir de transférer la propriété. Le cas de l'ouverture de crédit traduit l'existence d'un contrat consensuel, n'emportant toutefois pas un transfert de propriété *solo consensu*.

53 - Le rôle primordial accordé à l'activité de l'*accipiens*. En admettant que l'usage permette l'acquisition de la propriété en matière de chose fongible, le droit semble faire une place à la remise de la chose dans le système d'acquisition de la propriété. Suivant cette logique, le transfert ne s'opèrerait que grâce à la tradition réelle, dématérialisée ou non. L'argumentation ne convainc cependant pas totalement, en ce qu'elle confond ici l'usage de la chose et la remise de la chose. La remise de la chose est l'activité positive du *tradens*, alors que l'usage constitue, quant à lui, l'activité positive de l'*accipiens*. Le transfert de propriété se déduit ici du comportement de l'acquéreur et non du prêteur. L'activité du *tradens* est exigée mais en cela seul qu'elle permet l'usage de la chose. Se retrouve donc ici encore la logique duale du transfert de propriété²⁶⁹. Le prêteur met les fonds à la disposition de l'acquéreur, opérant ainsi l'individualisation²⁷⁰ nécessaire, sans avoir à remettre matériellement et c'est l'acquisition, l'usage de ceux-ci, qui entraîne la mutation de la propriété.

54 - Le rôle secondaire de l'activité du *tradens*. La remise pourrait n'être ainsi considérée que comme une modalité d'exécuter la prestation à la charge du *tradens*. Dans ce cas, la mise à la disposition et l'acquisition de la propriété du bien seront concomitantes. La tradition apparaît alors comme un moyen d'exécuter le transfert, et non le transfert lui-même. Il est notable que le seul abandon de la chose,

²⁶⁷ En ce sens D. HOUTCIEFF, *Les promesses à l'épreuve de la dure réalité du prêt*, préc., « l'ouverture de crédit conduit en effet à une sorte d'inversion du contrat réel, où la remise des fonds n'est pas exigée en tant qu'expression du consentement du prêteur, mais où l'utilisation des fonds manifeste le consentement du bénéficiaire. La "déréalisation" du prêt aura ainsi fait passer de l'autre côté du miroir », p. 745.

²⁶⁸ Affirmer que l'acquisition de la propriété des choses fongibles et consommables ne s'opère que par l'usage, n'amène pas à affirmer que la remise de la chose est nécessaire pour former le contrat. Le mécanisme de formation du contrat ne peut être confondu avec le transfert du droit.

²⁶⁹ V. *Supra* n° 29 et s.

²⁷⁰ V. *Supra* n° 37 et *Infra* n°167.

permettant au bénéficiaire du contrat d'acquérir la maîtrise de la chose est suffisant. Si le contrat, siège de l'opération, est qualifié de réel, sa formation dépend de la remise de la chose, mais le transfert de propriété n'y est pas nécessairement lié. La mutation de la propriété n'est qu'un effet permis par la remise, celle-ci conditionnant la détention de la chose. Seul l'usage du bien détenu emporte le transport définitif de la propriété. Le raisonnement suivi à partir de la combinaison de l'ouverture de crédit aboutissant à un prêt de consommation semble pouvoir être mené dans tous les contrats emportant une remise de la détention, et donc de la propriété des choses fongibles et consommables.

La fin poursuivie par les parties n'est pas, dans les cas étudiés, le transfert de la propriété mais seulement le transfert de la détention à titre précaire. Or les parties ne peuvent l'écarter, il est bel et bien subi. Dans d'autres cas, celui-ci est considéré comme utilitaire mais est également désiré. Sans être le but ultime de l'opération économique, le transfert de la propriété s'y intègre. Accidentelle, la mutation est toutefois indispensable.

2. Un transfert de propriété utilitaire

55 - La notion de transfert de propriété utilitaire. Le transfert de propriété ne constitue pas toujours l'essence même du contrat. Alors même qu'il est désiré et prévu par les parties, ce qui exclut la qualification de transfert de la propriété subi, il n'épuise pas le contenu de la relation. La finalité économique poursuivie dépasse la mutation de la propriété, mais celle-ci est indispensable afin d'y parvenir. Le transfert de propriété paraît instrumentalisé par les parties. Il n'est qu'un outil indispensable à la réalisation de l'objectif souhaité et en ce sens apparaît utilitaire. L'étude de certaines situations juridiques amène à constater que le transfert de propriété, même s'il s'intègre dans les prévisions contractuelles n'est pas nécessairement définitif (a) ou ne constitue pas le cœur de l'opération (b). Cela confirme l'idée selon laquelle le recours à la mutation de propriété peut n'apparaître que comme un moyen de parvenir à une fin.

a. Le transfert de propriété à titre temporaire

56 - Premières vues sur la fiducie. Abandonnée en droit romain quand les techniques juridiques permirent d'obtenir des résultats similaires, sans recourir à un

transfert de propriété et donc accessibles aux pérégrins²⁷¹, la fiducie réapparaît en droit positif. La loi n°2007-211 du 19 février 2007, l'a, en effet, introduite dans le Code civil en tant que contrat nommé. Elle est définie comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »²⁷². L'objet de la présente étude n'est pas d'expliquer l'ensemble de la réforme²⁷³ mais de se consacrer aux effets réels issus du contrat.

57 - La spécificité de la propriété fiduciaire. La propriété issue du contrat de fiducie est d'une nature particulière. Nécessairement temporaire et limitée quant à son étendue, elle contraste avec la conception de la *plena in re potestas* traditionnellement admise en droit français. La propriété fiduciaire est « *modélisée en fonction de l'opération projetée* »²⁷⁴ par les parties lors de la conclusion du contrat. La propriété est instrumentalisée afin de lui affecter une mission²⁷⁵. Le droit réel créé n'est pas la fin, mais l'outil permettant d'y parvenir. Les termes "propriété fiduciaire" sont donc employés afin de signifier que si le constituant perd la propriété de la chose, le fiduciaire n'en récupère « *que des utilités plus limitées* »²⁷⁶. Les pouvoirs sur la chose du propriétaire fiduciaire ne sont pas, contrairement à ceux du propriétaire "classique", absolus, ils sont conditionnés et affectés au but contractuel. La propriété

²⁷¹ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Domat, 2^e éd., 2000, p. 260.

²⁷² Art. 2011 C. civ. Une définition doctrinale paraît toutefois plus éclairante en ce qu'elle rend mieux compte de la double mutation du droit inhérente à ce contrat, ainsi, C. WITZ, la définit comme « *l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire* », C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préface D. SCHMIDT, Economica, 1981, n°16, p. 15.

²⁷³ Pour une présentation de l'institution V., C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, op. cit. ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préface. L. LORVELLEC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 283, 1997 ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préface. M. GRIMALDI, 2004, Litec. Pour une présentation globale de la loi du 19 février 2007 ; V. not., F. BARRIÈRE, *La fiducie. Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007*, Bull. Joly 2007. 440 (1^{re} partie) et Bull. Joly 2007. 556 (2^e partie) et Rep. civ. Dalloz, *Fiducie*, Janvier 2008 ainsi que les nombreuses références citées ; R. LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois 2007, art. 38631 et 38639 ; J. ROCHFELD, *Fiducie*, RTD civ. 2007, p. 412 ; V. FORRAY, *Un nouveau contrat spécial: la fiducie - Exégèse de l'article 2011 du Code civil*, LPA 13 novembre 2007, n°227, 8 ; P. PUIG, *La fiducie et les contrats nommés*, Dr. et patr. 2008, n°171, p. 68.

²⁷⁴ C. ALBIGES, *La constitution de la fiducie*, Dr. et patr. 2008, n°171, p. 46.

²⁷⁵ C., KUHN, *Une fiducie française*, Dr. et patr. 2007, n°158, p. 32, « *la fiducie instrumentalisée la propriété en l'affectant à un but* », p. 38.

²⁷⁶ R. LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, préc., n°2.

est ainsi considérée comme conventionnelle et « *relative* »²⁷⁷. L'introduction d'une propriété utilitariste à durée déterminée suscite toutefois des interrogations quant à sa nature. Il serait possible d'y voir une consécration d'un type de « *propriété économique* »²⁷⁸, supposant « *de la part du propriétaire économique (le fiduciaire), l'exercice d'un droit effectif de jouissance en vue de la production et de l'appropriation de richesses, que ces richesses soient constituées de produits ou de fruits naturels, industriels ou civils* »²⁷⁹. Mais la question semble ici plus large : est-ce véritablement une propriété ou un nouveau droit réel sur la chose d'autrui, affublé à tort des apparats de la propriété ? Le fiduciaire étant tenu de n'utiliser la chose qu'en fonction de ce que lui permet le contrat, il n'est pas libre dans l'exécution de sa mission ; or « *l'essentiel est là : le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit* »²⁸⁰.

58 - Analyse des transferts au sein de la fiducie. Il est possible de considérer que la fiducie n'emporte pas un transfert de propriété, mais la création d'un autre droit réel, innommé, répondant à la renonciation par le fiduciaire à son droit sur la chose. Il n'y aurait pas à proprement parler de transport du droit, mais une transmutation de celui-ci, puisque le droit abandonné par le constituant ne renaît pas à l'identique dans le patrimoine d'affectation créé²⁸¹. Cette analyse semble implicitement consacrée par l'article 2023 du Code civil qui précise que « *dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus*

²⁷⁷ V. FORRAY, *Un nouveau contrat spécial: la fiducie - Exégèse de l'article 2011 du Code civil*, préc., qui propose, afin de cerner au mieux la notion de propriété fiduciaire de « *revenir à une conception plus utilitariste – en un sens plus romaniste – de la propriété* ».

²⁷⁸ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français - Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préface de P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 313, 1999. L'auteur définit la propriété économique comme « *la relation d'une personne juridique, relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part résulte d'un acte juridique, le plus souvent un contrat conclu entre cette personne et la propriétaire juridique et, d'autre part, confère à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficiaire, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien* », n°305 ; Rappr. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance - Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, n°11, p. 31, qui adopte également une vision utilitaire de la propriété, « *il est peut-être surprenant qu'ont ait pu à tel point se méprendre sur la nature même de la propriété et la définir comme un pouvoir ou une maîtrise sur une chose : (...) il faut bien reconnaître que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété* ».

²⁷⁹ G. BLANLUET, *op. cit.*, n°315.

²⁸⁰ R. LIBCHABER, préc., n°22.

²⁸¹ Cette analyse peut également être retenue en estimant que la propriété fiduciaire est une propriété économique, celle-ci ne pouvant naître que par un acte constitutif et jamais translatif, G. BLANLUET, *op. cit.*, n°317.

sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ». L'article pose une présomption de pouvoir sur la chose qui serait inutile si le fiduciaire était véritablement propriétaire. Pleinement investi de la propriété, ce dernier aurait toute capacité à l'opposer aux tiers, et « *c'est parce qu'il ne peut s'en prévaloir que la présomption de pouvoir est expressément posée* »²⁸².

S'il est tout à fait envisageable que le constituant, en renonçant à sa propriété, ne transmette que des pouvoirs limités sur la chose, les modalités du "retransfert" peuvent susciter certaines interrogations. À la fin de sa mission, le fiduciaire doit, en effet, retransférer la pleine propriété des biens confiés, au bénéficiaire²⁸³. Or se pose ici un problème technique : comment le fiduciaire, ne bénéficiant que d'utilités réduites, peut-il transférer une pleine propriété qu'il n'a jamais eue ? Le fiduciaire semble dès lors devoir céder plus de droit qu'il n'en a²⁸⁴. Certains auteurs ont tenté de justifier ce phénomène en invoquant que les prérogatives non transférées « *doivent être considérées comme gardées par le constituant (ou le cas échéant transférées à un tiers)* »²⁸⁵. Le constituant conserverait donc ses pouvoirs et demeurerait ainsi le seul véritable propriétaire des biens mis en fiducie. Si l'hypothèse peut se justifier quand le constituant est le bénéficiaire, elle ne rend qu'imparfaitement compte de la situation dans laquelle le bénéficiaire est un tiers au contrat de fiducie. Dans cette dernière situation le tiers a vocation à devenir pleinement propriétaire à l'issue de la mission, mais il ne le devient que s'il accepte le bénéfice du contrat arrivé à son terme. De plus, le transfert de la propriété ne semble pas, dans ce cas, pouvoir s'effectuer de plein droit, la mission ayant pour objet une transmission, « *celle-ci dépend nécessairement de l'initiative du fiduciaire, et ne peut se produire sans une manifestation de sa volonté* »²⁸⁶. Cela exclut également l'idée suivant laquelle le constituant peut transférer au tiers bénéficiaire les pouvoirs sur la chose concomitamment à la conclusion du contrat. Toutefois, il est possible de concevoir que le constituant renonce à ses prérogatives lors de la conclusion de la fiducie, mais que celles-ci ne soient effectivement transférées au bénéficiaire que lors de son

²⁸² R. LIBCHABER, préc., n°25 ; *Contra*, C. KUHN, *La mission du fiduciaire*, Dr. et patr. 2008, n°171, p. 52 et spéc. p. 54, qui considère que « *la propriété fiduciaire n'est pas une imitation mais une véritable propriété* ».

²⁸³ D'après l'article 2016 C. civ. Le bénéficiaire peut être le constituant lui-même ou un tiers au contrat.

²⁸⁴ En ce sens, P. PUIG, *La fiducie et les contrats nommés*, préc., p. 71.

²⁸⁵ P. PUIG, préc., p. 77 ; R. LIBCHABER, semble également rejoindre cette conception, de façon plus indirecte, en affirmant que « *la loi semble bâtie entièrement sur l'idée d'une propriété maintenue entre les mains du constituant* », préc., n°19.

²⁸⁶ F. ZENATI, et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n°287, p. 448.

acceptation du "retransfert", manifestant l'acquisition de la propriété pleine et entière des biens. Ainsi, le constituant renonce à ses prérogatives dès la conclusion du contrat, mais le bénéficiaire ne peut exercer l'acte d'acquisition qu'à la fin de la mission du fiduciaire.

La conception présentée atteste de toute la potentialité de la *res* qui garderait en germe, pendant la durée du contrat de fiducie, l'ensemble des pouvoirs qui lui sont attachés. Seule l'acquisition par le bénéficiaire permettrait, dès lors, de les révéler. La volonté individuelle d'acquérir le bien conditionne ainsi la force de la chose. Le fiduciaire ne transférerait pas plus de droits qu'il n'en a, mais seuls ceux qui lui ont été confiés. L'opération fiduciaire apparaît comme un exemple marquant de la prégnance du mécanisme d'abdication du droit et d'acquisition corrélative dans le transfert de propriété, le passage par la "propriété fiduciaire" sur le bien n'étant qu'un état « *intermédiaire entre deux propriétés absolues* »²⁸⁷. En conclusion, ici encore il doit être constaté que la remise n'a guère d'utilité dans la transmission des droits. Opération essentiellement intellectuelle ce transfert ne semble guère laisser de place à la tradition réelle. En ce sens, les transferts temporaires rejoignent les transferts à titre accessoire.

b. Le transfert de propriété à titre accessoire

59 - La notion de transfert de propriété à titre accessoire : l'exemple type du contrat d'entreprise. Dans certains contrats, un effet translatif se réalise, sans toutefois pouvoir être qualifié d'effet principal du contrat. L'exemple du contrat d'entreprise est ici marquant ; en effet, l'essence du contrat porte sur l'accomplissement d'une prestation, mais lorsque celle-ci porte sur une chose, un transfert de propriété de l'entrepreneur vers le maître de l'ouvrage se produit, c'est en ce sens, qu'il est souvent qualifié d'accessoire²⁸⁸. Bien que seuls certains auteurs admettent l'effet translatif de propriété d'une telle opération, du moins en matière mobilière²⁸⁹, l'étude de l'acquisition de la propriété, lorsque l'entrepreneur exécute sa prestation à partir de matériaux lui appartenant en tout ou partie, est éclairante.

²⁸⁷ P. PUIG, préc., p. 71.

²⁸⁸ *Contra*, P. PUIG, *Le contrat d'entreprise translatif de propriété*, in *Études offertes à Jacques Dupichot, Liber amicorum*, Bruylant, 2004, p. 394, qui considère que le transfert de propriété intervient à titre principal et non accessoire.

²⁸⁹ V. not. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^e éd, 2002, n°726, p. 630 ; J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1996, n°32219, 32221 et 32331 ; D. MAINGUY,

60 - Le contrat d'entreprise, un contrat naturellement translatif de propriété ? Considérer le contrat d'entreprise comme un contrat translatif de propriété n'est pas une évidence. Ce contrat est d'ailleurs qualifié de "louage d'ouvrage", ce qui semble « *l'éloigner, au premier abord de tout transfert de propriété* »²⁹⁰. La doctrine antérieure au Code civil expliquait, en effet, le mécanisme acquisitif issu d'un contrat d'entreprise par la théorie de l'accession²⁹¹. Postérieurement à la codification, le recours à cette théorie, pourtant issue du droit des biens et conçue pour régir le sort des constructions sur le terrain d'autrui, fut maintenu²⁹² mais dénoncé par une partie de la doctrine comme consacrant un transfert de propriété extracontractuel ayant toutefois pour origine le contrat²⁹³. Cette contradiction avec la philosophie originelle de l'article 555 du Code civil est patente quand on sait qu'il n'avait été consacré que dans le cas d'une « *hypothèse accidentelle, comme un mode équitable d'acquisition de la propriété* »²⁹⁴. De plus, en matière purement mobilière, l'accession ne saurait fonder le transfert de la propriété si l'entrepreneur fournit la totalité de la matière, faute de possibilité d'incorporation. Démontrant le changement de perspective opéré par le Code civil quant à la nature du contrat d'entreprise – l'article 1710 faisant du travail de l'entrepreneur le « *point capital, la base de la convention* »²⁹⁵ – et s'appuyant sur les différentes critiques

Contrats spéciaux, Dalloz, coll. Cours de Droit privé, 1998, n°359 ; F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, avant propos J.-M. Mousseron, préface F. DERRIDA, Litec coll. dr. entreprise T. 21, 1988, n°299, note 41 ; P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés. Essai de théorie générale*, Thèse Paris II, 1997, n°590, p. 537 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Droit privé, 2002, n°407 et s. ; du même auteur, *Le contrat d'entreprise translatif de propriété*, préc. ; *Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ?*, RDC 2005, n° 4, p. 1111.

²⁹⁰ L. MARINO, *Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise*, Defrénois, 2001, p. 907, n°1.

²⁹¹ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3e éd., 1879, n°620 ; A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français*, Les obligations, Dalloz, précis Dalloz, 3e éd., par R. Villers, 1970, n°131-132 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°408 et les développements historiques consacrés par l'auteur à la question.

²⁹² Ainsi par exemple, Cass. civ., 18 octobre 1911, DP 1912, I, 113, note M. PLANIOL.

²⁹³ V. en ce sens, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XXVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, n°7, p. 11 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. XII, par R. Rodière, *Contrats civils divers*, 2e éd., Paris, Rousseau, 1947, n°180 et 199 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, T. II, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1885, n°782, p. 310 ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992, n°825 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n° 408.

²⁹⁴ L. MARINO, préc., n°13, l'auteur se réfère à J.-M.-E. PORTALIS, *Exposé des motifs, Livre I, Titre II, « De la propriété », séance du 28 nivôse an XII*, in *Procès verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon*, Imprimerie impériale, 2e éd., 1808, t. IV, p. 69.

²⁹⁵ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage*, T. I, Paris, 1840, n°64, p. 237. Cette conception s'oppose à celle jusqu'alors retenue qui faisait de l'activité du maître de l'ouvrage le cœur du contrat, en ce sens V. not. R.-J.

adressées à l'application de la théorie de l'accession, un auteur a pu mettre en lumière l'effet translatif de l'opération²⁹⁶. Selon lui, le contrat d'entreprise devrait être qualifié de « *contrat naturellement translatif (...) soit parce que telle est sa finalité (...) soit parce que la fourniture du service qui constitue sa finalité exige, pour être rendue, le transfert d'un bien* »²⁹⁷. L'analyse tendant à accorder au contrat d'entreprise une nature translatrice de propriété semble également consacrée indirectement par la Cour de cassation. En affirmant que « *le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur* »²⁹⁸, l'Assemblée plénière rompt avec le mécanisme de l'accession. Retenir ce fondement n'aurait pu permettre d'admettre la transmission des droits et actions attachés à la chose, l'accession entraînant nécessairement la création du droit nouveau dépourvu de toute prérogative accessoire au droit éteint²⁹⁹.

Naturellement considéré comme translatif, le contrat d'entreprise semble mieux défini. L'affirmation rend ainsi compte plus exactement de la réalité économique de l'opération qui vise à transmettre au maître de l'ouvrage le bien créé par l'activité de l'entrepreneur, ou à fournir le service promis³⁰⁰.

61 - La réception, opération déterminante du transfert. En matière mobilière, si l'entrepreneur fournit la totalité de la matière, la jurisprudence enseigne de longue date que la propriété de la chose est transférée au maître de l'ouvrage dès qu'elle est en état d'être livrée³⁰¹. L'achèvement de l'ouvrage est ainsi érigé en

POTHIER, in *Œuvres*, T. IV, *Traité du contrat de louage*, 2^e éd., par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 1861, qui définit le louage d'ouvrage comme « *un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer* », n°392, p. 133.

²⁹⁶ P. PUIG, *op. cit.*, n°409 et s.

²⁹⁷ *Ibid.* ; Adde. L. MARINO, *Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise*, préc., n°18 et s. Considérer que le contrat d'entreprise est naturellement translatif de propriété n'entraîne pas une requalification de l'opération en contrat de vente, « *d'abord parce que le transfert de propriété, accessoire dans le contrat d'entreprise, ne le dénature pas. Ensuite parce qu'au-delà de l'effet translatif, les obligations sont différentes de l'un à l'autre contrat* », n°25.

²⁹⁸ Ass. Plén. 7 février 1986, D. 1986, jur. p. 293, note A. BÉNABENT ; JCP G. 1986, II, 20616, obs. Ph. MALINVAUD ; RTD civ. 1986, p. 364, note J. HUET, p. 595, obs. J. MESTRE, p. 605, obs. Ph. RÉMY.

²⁹⁹ En ce sens V. P. PUIG, *Le contrat d'entreprise translatif de propriété*, préc., p. 396 et 397. La tendance semble se confirmer nettement, la Chambre commerciale ayant retenu que « *le contrat d'entreprise (...) ayant eu pour objet de transmettre la propriété de la chose (...)* », Cass. com. 22 mai 2002, Bull. Civ. IV, n°89, D. 2002, IR, p. 1885 ; somm. p. 2843, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 2003, p. 94, obs. P. JOURDAIN.

³⁰⁰ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n°410.

³⁰¹ Cass. civ. 20 mars 1872, DP 1872, I, 140 ; Cass. civ. 17 mai 1876 (2 arrêts), D. 1877, I, 97, note A. BOISTEL ; Cass. civ. 29 mars 1886, DP 1886, 329 ; H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de*

événement déterminant du transfert de propriété, l'analogie avec le transfert de propriété dans la vente est ici frappante. Raisonnant par assimilation avec la notion d'achèvement dans la vente de choses futures, une partie de la doctrine l'assimile à la réception³⁰². Cette conception ne semble cependant pas prendre en compte la divergence de nature entre les deux actes visés. L'achèvement relève de l'activité de l'entrepreneur alors que la réception participe de l'activité du maître de l'ouvrage, le premier n'étant pas même nécessaire à la réalisation de la seconde³⁰³. De plus, la cause de l'engagement du maître de l'ouvrage réside non pas dans l'exécution de la mission par l'entrepreneur, mais dans l'obtention du résultat de la mission qui doit être constaté par la réception. L'achèvement ne peut dès lors pas être considéré comme l'événement mettant fin au rapport, et ne peut à ce titre emporter le transfert de la propriété.

Classiquement, la réception est définie comme « *un acte juridique qui traduit l'approbation par le maître des travaux accomplis* »³⁰⁴ ; en ce sens, elle se distingue également de la prise de livraison, simple acte matériel. Si dans certaines opérations, notamment en matière de construction d'immeuble, les deux actes peuvent intervenir concomitamment, ils ne doivent pas être confondus ; la réception produit des effets quant au droit, la prise de livraison consiste en la libération matérielle de l'entrepreneur³⁰⁵.

S'il est envisageable de considérer qu'en matière mobilière la réception permet d'opérer le transfert de propriété, l'hypothèse est plus difficile à admettre en matière immobilière. Il est plus classiquement enseigné et retenu en jurisprudence³⁰⁶ que le transfert de la propriété des matériaux, fournis par l'entrepreneur, s'opère par

droit civil, t. III, vol. II, *Principaux contrats*, 2^e partie, 3^e éd. par M. de JUGLART, Montchrestien, 1980, n°1349.

³⁰² L. MARINO, préc., n°15. L'auteur note toutefois une « *altération* » de la règle en matière d'œuvres de l'esprit, dans lesquelles il convient de distinguer la propriété corporelle et la propriété intellectuelle. Mme MARINO estime en effet qu'en cas de commande d'œuvre d'art la règle du transfert de propriété à l'achèvement, est « *inadéquate* », en raison de la difficulté de détermination du moment où l'œuvre peut être considérée comme achevée et car transférer le *corpus* ne signifie pas nécessairement faire don de l'œuvre, puisque l'auteur « *peut refuser la divulgation d'une création même achevée* ».

³⁰³ Cass. civ. 3^e, 9 octobre 1991, Bull. civ. III, n° 230, « *l'achèvement de l'ouvrage n'étant pas une des conditions nécessaires de la réception...* » ; Cass. civ. 3 11 février 1998, Bull. civ. III, n° 28.

³⁰⁴ P. PUIG, *op. cit.*, n°401 ; *Adde.* Cass. civ. 3^e, 8 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 337 ; H. PERINET-MARQUET, *La réception des travaux : état des lieux. L'article 1792-6, dix ans après*, D. 1988, chron. p. 287 ; J.-P. KARILA, *Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage*, D. 1990, chron. p. 307 ; M. ZAVARO, *Achèvement, inachèvement et réception* : Gaz. Pal. 1999, 2, doct. p. 1121. D. GIBIRILA, J.-Cl. Civil Code, art. 1787, fasc. 10, décembre 2001, n°94.

³⁰⁵ Pour la distinction entre réception et prise de livraison V. *Infra* n°126.

³⁰⁶ V. par ex. Cass. civ. 18 octobre 1911, DP. 1912, 1, 113.

incorporation au fur et à mesure de la construction. Les risques de la chose et le transfert de la propriété sont alors dissociés, la justification invoquée étant le fait que l'entrepreneur doit connaître la chose qu'il fournit et à ce titre en assumer les risques³⁰⁷. Certains auteurs ont tenté de démontrer ce principe, affirmant notamment qu'« *il n'est pas exact de dire que ces matériaux deviennent la propriété du maître à titre d'accession, car le maître a le droit de vérifier les travaux ; et si après vérification, il ne les reçoit pas, il ne devient certainement pas propriétaire des travaux* »³⁰⁸. Cette thèse se justifie en considérant que, puisque l'entrepreneur s'est engagé à fournir un « *opus perfectum et non un opus inceptum* », il doit être considéré comme ayant « *la libre disposition des matériaux employés* »³⁰⁹, afin de pouvoir les remplacer en cas de défectuosité. Plus récemment, il a pu être soutenu que lors de la réception, les parties « *conviennent de reconnaître une existence juridique à l'édifice construit, non en tant qu'assemblage de matières premières, mais en tant qu'ouvrage formant un tout, unique et homogène, distinct des matériaux constitutifs. (...) L'ouvrage, en tant qu'objet de propriété, ne peut être transmis au maître qu'à compter du moment de son existence* »³¹⁰. L'abondance des arguments militant en faveur de la consécration de la réception comme moment du transfert de propriété conduit à rejeter le principe de l'acquisition par incorporation au fur et à mesure de la construction³¹¹.

Qualifiée de « *second souffle* »³¹² de l'opération, la réception apparaît comme étant l'élément déterminant du transfert de propriété au sein du contrat d'entreprise. Au-delà de l'approbation de la qualité des travaux, elle permet au maître de l'ouvrage

³⁰⁷ V. par exemple, F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, coll. Immobilier, droit et gestion, 1988, n°133 ; J. MAZEAUD, note ss. Cass. civ. 3^e, 23 avril 1974, D. 1975, p. 287 ; Ph. RÉMY, obs. sur Cass. civ. 3^e, 19 février 1986, RTD civ. 1986, p. 607.

³⁰⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XXVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq 3^e éd., 1878, n°6 et 7 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. VI, Paris, Cotillon, 1859, 5^e éd. p. 536 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : de l'échange et du louage*, T. III, Paris, 1840, n°996, p. 201.

³⁰⁹ Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. X, Paris, Cotillon, 1897, n°414.

³¹⁰ P. PUIG, *op. cit.*, n°417. Par un subtil raisonnement, l'auteur combine le principe du transfert à la réception avec celui de l'accession. Par la réception le maître de l'ouvrage devient propriétaire du bâtiment, « *mais cette propriété se confond immédiatement avec celle du terrain par le jeu de l'accession immobilière* ».

³¹¹ On peut d'ailleurs noter que certains textes spéciaux tels, l'article 1601-2 C. civ. et R. 261-2 CCH. (en matière de vente à terme) prévoient expressément un report du transfert de propriété à la constatation par acte authentique de l'achèvement, notamment en matière de vente d'immeuble à construire. P. PUIG note à ce sujet qu'il ne s'agit pas de déroger au principe de l'accession mais à celui du transfert *solo consensu*. L'acte constatant l'achèvement semble, dans ces cas, très proche de la réception en matière de contrat d'entreprise.

³¹² P. PUIG, *op. cit.*, n°402, l'auteur démontre que la réception n'est pas la fin du contrat d'entreprise. Au contraire, elle permet à l'objet du contrat d'être parfaitement défini, en conférant à « *l'ouvrage accompli une existence juridique dont il était jusqu'alors privé* ».

de matérialiser la volonté d'acquérir la chose, répondant ainsi à l'achèvement, qui, quant à lui, peut être théorisé comme marquant l'acte d'abdication de l'entrepreneur. Toute l'attention se concentre donc, non pas sur la remise de la chose, mais sur la chose elle-même. La vérification de sa substance et de ses qualités, par le mécanisme de la réception, permet d'opérer le transfert de propriété. Le droit suit donc le sort de la chose, mais le fait de la remise, matérialisé par la livraison, y est indifférent.

62 - Synthèse. Deux conclusions s'évincent de la démonstration. Tout d'abord, quel que soit le contrat à l'occasion duquel le transfert de propriété intervient, la remise de la chose n'est jamais suffisante pour le réaliser. Ensuite, en se détachant quelque peu du propos, dans de nombreuses hypothèses, le transfert de propriété n'est pas une fin en soi. Qu'il soit subi ou utilitaire, il ne constitue pas nécessairement l'objectif économique principal poursuivi par les parties. Une telle observation est de nature à confirmer l'idée suivant laquelle la référence au seul aspect translatif ou non translatif de propriété en vue de classer les contrats spéciaux ne serait pas opérante. Serait-il vraiment pertinent de regrouper sous un régime unique les contrats de vente, de prêt de consommation, d'entreprise ou de dépôt irrégulier ? La réponse est assurément négative, d'autant qu'il peut être remarqué qu'alors même que ces différents contrats contiennent un effet identique – le transfert de propriété – celui-ci est susceptible de se réaliser de différentes façons. Il semble dès lors plus judicieux de tenter de dégager des éléments se retrouvant dans différents contrats permettant ainsi une lecture transversale de la matière.

63 - Conclusion de section : une remise de la chose dénuée de toute efficience translatrice de propriété. L'évolution du concept de tradition, étudiée en contemplation de l'effet translatif du contrat, permet de considérer que la remise de la chose ne peut être analysée comme un moyen de transférer la propriété. Que le contrat soit soumis au droit commun des articles 711 et 1138 du Code civil, ou qu'un mécanisme spécifique inhérent à la nature de la chose transférée s'impose, la tradition réelle n'est jamais un mode de transfert de la propriété. En outre, l'opération translatrice, doit être envisagée comme un mécanisme axé sur deux temps, la renonciation au droit et l'acquisition. En ce sens, le schéma proposé rend mieux compte de la réalité factuelle d'un transport de propriété. Il n'est d'ailleurs pas éloigné du modèle romain de la vente, qui ne traite pas du contrat de vente mais de *l'emptio-vendito*, l'achat-vente. Le terme *emptio* vient du verbe *emere*, qui signifie prendre, recevoir ou acheter³¹³. La présentation romaine de la vente, contrat translatif par

³¹³ Le grand Gaffiot, *op. cit.*, V^o emo.

excellence³¹⁴, traduit parfaitement la logique duale qui se retrouve en droit positif. Dans cette perspective, seule l'appréhension de la tradition dans une conception dématérialisée, permet de rendre à celle-ci une certaine vitalité et même d'expliquer plus en détail le mécanisme exposé, en ce qu'elle sert de fondement à l'acte d'abdication.

La tradition réelle se voit donc privée du pouvoir de transférer la propriété, cette faculté étant l'apanage du contrat, ou de la réalisation d'un acte ne s'analysant jamais comme une remise. Dans les contrats, dont le transfert constitue la fin il peut être constaté que d'une tradition réelle en droit romain, s'est opéré un glissement, vers un effet réel du contrat. Considérée dans un rapport non translatif de droit ou dans un rapport où le transfert n'est qu'un moyen des parties pour arriver à une fin qui est autre, la remise de la chose semble également devoir être écartée comme moyen d'opérer la mutation du droit.

Prolongeant l'étude des effets classiques de la remise, le constat paraît tout aussi sombre : si, dans les contrats translatifs, la remise est dépourvue de rôle, dans les contrats non translatifs, le mouvement de réduction à outrance de ses fonctions se poursuit de la même façon.

³¹⁴ Sur un débat né de l'analyse d'un texte de CELSE semblant contredire le fait que la vente à Rome était un contrat translatif de propriété, V. C. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine – Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, novembre – décembre 1906, p. 740 et s. En substance le texte analysé semble affirmer qu'un contrat dans lequel une partie transférerait la propriété d'une chose (en l'occurrence d'un esclave) contre de l'argent ne saurait être analysé comme un contrat de vente. Si cela peut paraître pour le moins surprenant et a, à ce titre, suscité l'attention de nombreux romanistes, C. APPLETON (spéc. p. 763 et s.), démontre néanmoins qu'il s'agit avant tout d'une erreur de plume de la part d'un copiste du Digeste.

Section II

Le dépassement de la tradition dans les autres contrats

64 - Une remise privée de tout effet ? Privée d'effet translatif dans les contrats dont l'objet est le transfert de propriété, la tradition pourrait se voir confier un rôle dans les autres conventions. Tout d'abord, la seconde utilité attachée à la *traditio* en droit romain était de pouvoir créer un rapport d'obligations. La catégorie des contrats réels se dégageait alors et trouvait l'autonomie nécessaire pour se démarquer des autres contrats nommés, les contrats formels³¹⁵ et les contrats consensuels³¹⁶. La *traditio* était alors considérée comme créatrice de la convention et remplaçait l'exigence d'une forme trop rigoureuse, sans pour autant laisser à la seule volonté le pouvoir d'engager. En apparence, les codificateurs semblent avoir conservé la catégorie des contrats réels dans certaines hypothèses, mais la doctrine, relayée récemment par la jurisprudence, s'évertue à minimiser le rôle de cette catégorie juridique. Une étude de la matière conduit toutefois à déterminer un critère rationnel de qualification des contrats réels basé sur l'essence de l'opération. Ensuite, la remise est, à double titre, un moyen de liquider le rapport d'obligations. Ultime obligation d'un contrat n'emportant pas de transfert de propriété, la restitution correspond bien entendu à une remise de la chose. Mais, plus encore, c'est surtout le rôle de la remise initiale qui fait l'objet de débats doctrinaux, en ce qu'elle est susceptible de constituer la cause de la restitution. L'affirmation ne va cependant pas de soi et présente de nombreuses zones d'ombre. Partant, une interprétation renouvelée conduit, ici encore, à y limiter à outrance le rôle de la remise.

L'étude des effets de la remise dans les contrats non translatifs de propriété prolonge donc le constat mené précédemment dans l'analyse de ses rapports avec le transfert de propriété : qu'il s'agisse de son rôle dans la formation (§1) ou dans l'extinction (§2) du contrat, la remise est largement privée de véritable efficence.

³¹⁵ Le *nexum*, le contrat verbal, et le contrat littéral.

³¹⁶ Notamment la vente, le louage, la société et le mandat.

§ 1. L'affaiblissement du rôle "créateur" de la remise de la chose : la nécessaire limitation des contrats réels

65 - L'effet créateur de la remise. La remise de la chose peut se voir qualifiée de "créatrice" d'obligations lorsqu'elle conditionne la formation du contrat. Avant elle, le contrat définitif n'existe pas, les obligations issues de l'accord de volontés naissent donc *re*, par la remise de la chose. Ce type de relation est qualifié de contrat réel. Or, ces contrats, *« de tous les plus anciens et les plus universellement connus, constituent comme le tronc primitif dont les diverses branches de l'arbre contractuel sont progressivement issues »*³¹⁷. L'importance décroissante en droit positif de cette notion semble liée à un rejet du formalisme par la doctrine depuis le Code civil. Le consensualisme étant la règle, la création d'un rapport d'obligations ne devrait pas, en règle générale, être subordonnée à la réalisation d'un fait purement matériel. Mais si cette conception restrictive se justifie parfois, le rôle créateur de la remise de la chose ne peut toutefois être toujours écarté. Aussi, une meilleure appréhension de la notion de contrat réel et du rôle de la remise en la matière, peut-elle autoriser, à découvrir l'utilité fondamentale de la qualification. L'étude des liens entre la remise et le contrat réel (A) permet donc de dégager l'essence de cette qualification. Partant, c'est à l'aune d'une idée de protection de la partie qui se dépouille que le rôle créateur de la remise de la chose peut être réaffirmé (B).

A. Les liens entre remise de la chose et contrat réel

66 - Un rôle controversé source d'incertitudes. La doctrine majoritaire voit dans la catégorie des contrats réels une complication inutile du droit positif. Le modèle du Code civil étant le consensualisme, ces contrats n'ont guère de raison d'être soumis à un mode spécifique de formation. Aussi, la controverse suscitée par la catégorie juridique des contrats réels est-elle classique (2). Toutefois les divergences entre le droit romain et le droit du Code civil amènent à raisonner sur des bases distinctes, l'incapacité de notre droit à intégrer pleinement la "qualification réelle" semble issue de confusions entre le sens historique de la notion et son sens actuel (1).

³¹⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1912, p. 364 et 365.

1. La notion et le rôle du contrat réel

67 - La genèse de l'idée de contrat réel. Traditionnellement les contrats réels sont définis comme les contrats se formant « *par la remise effective d'une chose (re), la personne qui reçoit n'en devenant débiteur que par cette tradition réelle* »³¹⁸ ; le consentement se « *matérialise par la remise de la chose* »³¹⁹. À l'origine, la remise d'une chose suivie d'une convention de restitution n'était pas véritablement obligatoire, les romains n'y voyaient qu'un simple fait, suivi d'un pacte dépourvu d'efficacité juridique³²⁰. L'*accipiens* n'était alors tenu que d'une obligation morale, non sanctionnée par l'octroi d'une action à son créancier³²¹. Les jurisconsultes romains finirent par admettre que le refus de restituer une chose était une sorte de délit, la violation de la *fides* donnant alors lieu à une action *ex delicto*, dans les hypothèses où la fraude de l'*accipiens* paraissait particulièrement grave. Puis le *mutuum*³²², qui n'était pas considéré comme un contrat, fut sanctionné par une action en restitution³²³ fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause. L'*accipiens* détenait donc une chose qui ne lui appartenait pas, « *car elle lui [était] transférée pour qu'elle soit restituée. Il tenait la chose sans cause* »³²⁴. PLANIOL tenta de retranscrire l'observation et de l'appliquer au droit positif, affirmant que l'obligation de restituer n'est en réalité qu'une obligation légale et non conventionnelle³²⁵, mais l'affirmation ne trouva guère écho en doctrine. Plus tard, ces contrats furent, semble-t-il, considérés comme

³¹⁸ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° « Contrat réel ».

³¹⁹ M. BRUSCHI, *Au-delà du réel: le crédit immobilier?*, D. 1999, p. 194.

³²⁰ G. MAY, *Éléments de droit romain*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 5e éd., 1898, p. 256.

³²¹ R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, T. III, *op. cit.*, p. 214, « dans le droit romain primitif, les relations juridiques fondées sur la *fides* sont en effet dépourvues de sanction légale ».

³²² Aujourd'hui le prêt de consommation.

³²³ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 539, « l'action en restitution des deniers prêtés fut, croyons-nous, admise assez facilement, plus facilement que celle de tous les autres contrats non formels, non pas en vertu de l'idée du contrat, mais en vertu d'une idée indépendante, en vertu d'une idée d'enrichissement injuste, en vertu de l'idée que celui qui a acquis sans cause la chose d'autrui est obligé de la restituer » ; sur l'idée d'une restitution naissant par la chose, V. *Infra*, n° 92.

³²⁴ C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1910, p. 18.

³²⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, n°996, p. 332. Sur ce point, V. *Infra*, n° 92 ; *Contra* C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, *op. cit.*, p. 81, « cette obligation n'est pas légale ; plus même, du moment qu'elle naît d'un contrat, elle ne peut pas et ne doit pas être légale ».

translatifs de propriété³²⁶ ; ils ne consistaient alors qu'en de simples applications de la fiducie, la propriété n'étant transférée que dans le but d'un futur re-transfert. La consécration des contrats réels non translatifs de propriété est l'effet d'un véritable progrès du droit : la séparation de la possession, en tant qu'emprise d'une personne sur une chose, et de la propriété, le droit exclusif d'une personne sur une chose ; la tradition, créatrice du rapport d'obligations, n'emportant alors plus qu'une remise de la possession de la chose.

Le concept même de contrat réel peut paraître flou. L'attribution de la qualification même de contrat à cette catégorie juridique a été débattue. Cette notion aux contours encore mal définis porterait toujours en son sein les marques de ses origines romaines, ce qui a conduit le législateur et la jurisprudence, à restreindre le champ d'application de la "qualification réelle".

68 - L'illusion d'une analogie entre contrats *re* et contrats réels : le problème suscité par le rôle de la remise de la chose. Les contrats réels sont souvent présentés comme un vestige du droit romain³²⁷. Ils seraient la transposition en droit positif des contrats se formant *re*. Cependant, l'analogie entre les deux concepts n'est pas si évidente ; l'essence même de ces qualifications est différente. Le trait commun, siège de l'assimilation entre les deux notions, est la nécessité d'une prestation – la remise de la chose – afin de former le contrat. Or si l'exigence est la même, le rôle de cette prestation n'est pas identique en droit romain et en droit contemporain. À Rome, la volonté était impuissante à produire des effets juridiques à elle seule, si elle n'était accompagnée d'une formalité. La remise était donc nécessaire pour la validité même du pacte. En droit positif, l'idée du contrat réel est autre. Comme l'a démontré un auteur, dans la théorie moderne des contrats réels, la remise de la chose, « *n'est pas une solennité, elle ne joue pas le rôle d'une formalité symbolique dans la conclusion du contrat. Cette remise est réelle et sérieuse ; la res apparaît donc comme une condition de fond et non pas comme un élément* »

³²⁶ C.-M.-S. de VALICOURT, *Droit romain : du développement historique des contrats réels*, Douai, 1885, p. 53, les contrats réels, à Rome « *supposent un progrès considérable, car, pour la première fois, le formalisme passe au second plan. L'obligation naît, dès la remise de la chose, par le fait même de cette remise. La res, c'est la tradition, à titre de propriété d'abord, et plus tard à titre de possession seulement, de la chose qui fait l'objet du contrat* ». Dans les âges les plus reculés du droit romain, « *la propriété de la chose donnée en dépôt, en gage, ou en commodat devait sûrement passer au dépositaire au gagiste, ou au commodataire. En effet, la possession séparée de la propriété, constitue une création qui implique progrès dans l'évolution du Droit* » (p. 74).

³²⁷ V. not. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°79 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, n°1004, p. 2072 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n°147, p. 156 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°848, p. 484.

formel »³²⁸. Tout contrat réel, aujourd'hui, a comme première condition de validité un accord de volontés. La remise de la chose est imposée en plus de ce consentement. Les contrats qualifiés de réels ne le seraient plus car la volonté est impuissante à former le contrat, mais seraient qualifiés de la sorte notamment par « *la force des choses* »³²⁹ ou la « *nécessité même* »³³⁰. La place laissée en droit positif aux contrats réels est sporadique. Le Code civil a maintenu cette catégorie en n'attribuant une telle qualification qu'à cinq contrats : le don manuel, le dépôt, les prêts à usage et de consommation, et le gage. Le champ d'application en a été, par la suite, réduit du fait de la jurisprudence pour le prêt de consommation³³¹, puis du législateur pour le gage³³². Ce mouvement de « *déréalisation* »³³³ semble être l'aboutissement des nombreuses critiques adressées à la catégorie des contrats réels.

³²⁸ C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, op. cit., p. 68.

³²⁹ En ce sens V. en ce sens M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, op. cit., n°2048, p. 651, note 1 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey 1937, réed. Dalloz, 2004, p. 29 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, n°445, parle de « *la nature même des choses* ».

³³⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats*, T. I, op. cit., n°32, p. 35.

³³¹ V. *Infra*, n° 74.

³³² La réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 a opéré une modification dans la qualification du gage. La mise en possession du créancier n'est plus considérée comme la condition de formation du contrat. Celui-ci est aujourd'hui considéré comme un contrat solennel. V. not., D. LEGEAIS, *Le gage de meuble corporel*, JCP 2006, n°20 suppl. p. 12 ; J. STOUFFLET, *Le nantissement de meubles incorporels*, JCP 2006, n°20 supplément p.19 ; D. ROBINE, *Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006*, Bulletin Joly des sociétés, Juillet 2006, n°7, p. 887. Il semble toutefois que le caractère réel du gage pouvait être nié avant même la réforme. On déduisait de son caractère réel que si une créance était dépourvue de titre, elle ne pouvait être l'objet du gage. Ce principe de solution n'était pas sans inconvénients pratiques pour le crédit puisqu'il interdisait la mobilisation de certaines créances. Ainsi, la Cour de cassation, sans l'abandonner totalement, a-t-elle limité son domaine dans un arrêt remarqué du 10 mai 1983 en jugeant que « *la mise en possession est suffisamment réalisée, au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible, par la signification au débiteur de la créance donnée en gage* » (Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, Bull. civ. I, n°141 ; Defrénois 1983, n°33161, p. 1393, note A. PIEDELIÈVRE). La portée de cet arrêt pouvait paraître limitée puisque la dispense de tradition du titre suppose nécessairement une impossibilité matérielle. Toutefois, il consacre l'éclatement de la notion, la mise en possession n'étant plus de l'essence du gage. Le recours à une fiction n'était donc plus d'actualité. La définition qui fait de l'attribution de la possession au créancier la caractéristique principale du contrat de gage ne pouvait plus être retenue, sauf à considérer qu'il ne peut y avoir de véritable gage que sur un meuble corporel, ce qui malgré tout ne correspondait plus à l'état du droit positif.

³³³ Expression employée notamment par D. HOUTCIEFF, *Les promesses à l'épreuve de la dure réalité du prêt*, RDC 2004, p. 743.

2. Les contrats réels, objets de controverse

69 - Les critiques traditionnelles adressées à la notion. Les critiques adressées à la catégorie, voire à l'existence même des contrats réels, sont classiques³³⁴. En vertu du principe du consensualisme, la remise de la chose ne serait pas l'élément de formation du contrat, mais seulement le premier acte de son exécution³³⁵. L'idée repose sur le fait que le droit positif reconnaît la validité des promesses de contrats réels et permet, en cas d'inexécution de la promesse, l'allocation de dommages et intérêts³³⁶. Dès lors, le contrat consensuel, qualifié de promesse de contrat réel, ne serait que le contrat lui-même, « *le contrat unique et définitif dont la remise réelle ne sera qu'une phase d'exécution* »³³⁷. L'*accipiens* ne se trouverait pas, pour autant, tenu à restitution alors même qu'il n'a rien reçu ; en effet, étant consensuel, le contrat est également synallagmatique³³⁸, et les obligations qui en découlent sont interdépendantes. Tant qu'il n'a rien reçu, l'*accipiens* ne peut donc être contraint de restituer. En résumé, accorder la qualité d'acte de formation du contrat à la remise de la chose n'aurait pas de logique. Il serait contradictoire de conditionner la formation de ces contrats à la réunion de deux éléments, la remise et le consentement, pour ensuite négliger le second et ne tenir compte que de la

³³⁴ V. pour une analyse historique de la controverse, C. JAMIN, *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualités*, Litec, 2005, p. 381 et s. L'auteur distingue alors trois grandes périodes ayant marqué l'histoire de la controverse : celle marquée par l'argument tiré de « *la nature des choses* », celle marquée par l'argument tiré de « *l'utilité pratique* » des contrats réels, et enfin celle marquée par « *la protection des contractants* ».

³³⁵ V. not., G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, Paris, Librairie de la société de recueil général des lois et des arrêts, 1898, n°596 ; F. COMBESCURE, *Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. leg. jurisp. 1903, p. 477 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, RTD civ. 1985, p.1 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, n°82 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations - Contrat*, 5^e éd., Litec, 1995, n°189 et s ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 12^e éd., Sirey, 2006, n°304 ; J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 33105.

³³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1960, Bull. civ. I, n°382, D. 1960. 702, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1978, Bull. civ. I, n°98, JCP 1978, IV, p. 149.

³³⁷ É. LEDUC, *Des avants-contrats*, thèse Paris, 1909, p. 207.

³³⁸ Certains auteurs ont pu affirmer que dès le droit romain ces contrats étaient synallagmatiques en raison de la dualité d'action qui en naissait. Les contrats de dépôt, gage et commodat n'étaient pas unilatéraux « *il y a, en effet, deux actions commodati, deux actions depositi, deux actions pignoratitia, l'une pour le tradens, l'autre pour l'accipiens, (...). Mais ils ne sont pas synallagmatiques comme la vente.* », C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, op. cit., n° 594, p. 427.

première, « le prétendu contrat réel en arrive à être un contrat purement non consensuel, ce qui est un non sens »³³⁹.

70 - Atténuations de la critique. Contrebalançant les thèses "anti-réalistes", une partie de la doctrine souhaite conserver les contrats réels. Les critiques adressées à la notion remonteraient « à une époque où le consensualisme, l'individualisme, la volonté de l'individu étaient considérés comme la source unique de contrat » or « la vraie source, dans certains contrats, est la remise de la chose »³⁴⁰. En droit romain, le contrat réel est obligatoire seulement après la tradition. Avant celle-ci ce n'est qu'un pacte nu, qui ne peut donner lieu à une action. En droit positif, si la promesse de contrat réel était pleinement obligatoire, le bénéficiaire du contrat pourrait forcer la remise. Or en réalité, la jurisprudence ne tire pas toutes les conséquences de ce principe. Si un vendeur refuse de délivrer la chose, il peut y être contraint par le biais de l'exécution forcée³⁴¹. Mais, si un prêteur à usage refuse de remettre la chose après la formation de la promesse, le bénéficiaire du contrat ne peut se voir octroyer que des dommages et intérêts³⁴², et cela que la promesse soit synallagmatique³⁴³ ou unilatérale³⁴⁴. Or l'octroi d'une compensation financière ne peut être considérée comme l'équivalent de la prestation espérée par la partie lésée. La situation apparaît dès lors différente par rapport à celle décrite précédemment. Les contrats réels

³³⁹ P. GUYOT, *Une nouvelle conception de la théorie des contrats réels*, Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1911, p. 152.

³⁴⁰ L. JUILLIOT de la MORANDIÈRE, *Compte rendu sténographique de la réunion du 18 juin 1948, Travaux de la commission de réforme du Code civil, 1947-1948*, p. 282. Adde, J. CARBONNIER, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8^e éd., 1995, p. 331 et s., et spéc., p. 335, « les sociologues ne peuvent que s'affliger de cette constante du droit dogmatique : la répugnance à concevoir une opération où la volonté serait lueur plutôt que lumière, où la matérialité serait essentielle – cette matérialité redoutée des juristes, parce qu'elle met en nous l'oubli du droit ».

³⁴¹ Sur laquelle, V. *Infra*, n°321 et s.

³⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1977, Bull. civ. I, n° 330; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juillet 1981, Bull. Civ. I, n°267, Defrénois 1982. 1085, obs. J.-L. AUBERT; Gaz. Pal. 1982, 1, panor. 93, obs. DUPICHOT; RTD civ. 1982, p. 427, obs. Ph. RÉMY.

³⁴³ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire des avant-contrats*, RTD civ. 2000, p. 25 et s. spéc. p. 44 – 45.

³⁴⁴ Un auteur considère toutefois qu'une promesse de contrat réel ne peut pas être unilatérale. « La promesse unilatérale n'engage que le promettant qui a d'ores et déjà donné son consentement à la formation du contrat définitif. Le bénéficiaire en revanche ne consent qu'au contrat de promesse : il ne prend aucun engagement et dispose d'une option : celle d'exiger ou non la formation du contrat de prêt en obligeant le promettant à remettre la chose. C'est par la levée d'option que se manifeste son consentement à la conclusion du contrat définitif, qui jusque là faisait défaut. Ainsi, dans une promesse unilatérale de contrat réel, deux éléments manquent au contrat pour se former : le consentement du bénéficiaire et la remise de la chose. On ne peut donc analyser la promesse comme étant unilatérale tout en admettant que la tradition, faite en exécution de l'avant contrat, suffit à elle seule à former le contrat de prêt », les promesses de contrats réels ne devraient, dès lors être, considérées que comme synallagmatiques. M. GARNIER, *Le prêt à usage*, thèse, Nancy, 2002, n°114.

auraient bien une autonomie. La non efficacité pleine et entière de leur promesse en est la marque. En droit romain, son inexécution n'entraînait pas de sanction ; en droit positif, l'inexécution ne peut entraîner que l'allocation de dommages et intérêts. L'autonomie des contrats réels en droit romain rejaillit donc en droit positif ; toutefois, si cette catégorie peut prétendre à se maintenir, la découverte d'un critère justifiant et rationalisant la notion est indispensable. À la suite de certains auteurs, il est possible d'admettre que le droit positif pourrait faire une place à cette catégorie de contrats répondant parfaitement à certaines réalités de la vie contractuelle. Dès lors, « *on peut mettre en doute que, dans notre analyse civiliste du contrat, nous ayons fait une place suffisante à cette catégorie de contrats formés re, pourchassée au nom de l'autonomie de la volonté, peut être plus vivante pourtant que nous le pensons, parce qu'elle répond à une donnée primitive du droit contractuel* »³⁴⁵.

B. L'éventualité d'une efficience protectrice de la remise

71 - Notion d'approche instrumentaliste. L'approche instrumentaliste de la notion est basée sur l'idée de protection d'une partie³⁴⁶. La remise de la chose, comme élément de formation du contrat, pourrait constituer un moyen de protection d'une partie. La volonté de protéger une partie ou de ne pas en protéger une autre, voire les deux volontés combinées, pourrait alors dicter le choix de la qualification. L'approche instrumentaliste de la matière n'est pas inconnue des auteurs, le choix d'une qualification en fonction de la qualité des parties, ayant, semble-t-il, déjà guidé la jurisprudence³⁴⁷. Cependant, l'opposition entre contrat conclu par un professionnel et contrat conclu par un profane peut susciter certaines difficultés d'application et même manquer de fondement³⁴⁸. Dès lors, un critère plus fondé sur l'essence du contrat pourrait s'imposer. Celui-ci, basé sur la gratuité du contrat (2), trouve son fondement

³⁴⁵ J. CARBONNIER, 1908-2003, *Écrits*, textes rassemblés par R. VERDIER, PUF, 1^{ère} éd., 2008, l'auteur, s'appuyant sur les écrits de M. MAUSS en matière de don manuel, détecte dans la chose, la res, une véritable force, p. 509, sur ce point, V. *infra* n° 91 et s.

³⁴⁶ Les termes « *approche instrumentaliste* » sont empruntés à C. JAMIN, *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, *op. cit.*, n°35 et s.

³⁴⁷ Idée relevée pour justifier le passage du prêt de consommation consenti par un professionnel du crédit dans la catégorie des contrats consensuels, V. en ce sens, J. SAINTE-ROSE, *Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel*, JCP. 2000, II, 10296, p. 753, spéc. p. 755.

³⁴⁸ Ch. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *les obligations, le contrat*, Economica, 6^e éd., 2007, n° 522 bis, « *toute distinction selon que le prêt est ou non consenti par un professionnel ne correspond à aucune logique.* ».

dans l'étude du don manuel (1) seul contrat dont la nature réelle n'est que rarement contestée. Si ce critère peut permettre d'appréhender sous un jour nouveau la notion de contrat réel, il pourrait néanmoins se trouver remis cause par une convention particulière : la dation en paiement (3).

1. Le point de résistance de la notion : le don manuel

72 - L'apparence des liens entre remise et transfert de propriété. Au sein de la catégorie des contrats réels, le don manuel fait figure d'exception. Sa qualification n'est, en effet, presque jamais remise en cause³⁴⁹, la majorité des auteurs y voyant une exception justifiée au principe du consensualisme³⁵⁰. L'analyse "classique" veut qu'en attribuant une telle qualification au don manuel, le transfert de propriété découle de la remise de la chose ; or cela ne convainc pas pleinement. Le raisonnement mené pour les contrats translatifs doit également être suivi ici. Si la tradition entraîne la formation, seul l'accord des volontés permet l'aliénation et la reconstitution de la propriété. La remise de la chose traduit ici une certaine matérialisation de l'opération. L'assimilation entre le transfert et la remise n'est due qu'à la concomitance entre ces deux événements. C'est l'intention conjointe de transférer et d'acquérir la propriété qui emporte le transport. Cela s'explique par le fait qu'une remise, faite sans cet accord de volontés, n'opère pas la mutation de propriété. Seule la combinaison du consentement et de la remise manifeste le transfert. La remise de la chose semble ici avoir pour rôle principal, non le transfert de la propriété,

³⁴⁹ Pour une proposition de qualification alternative du don manuel, V. *Infra*, n° 369 et s.

³⁵⁰ V. en ce sens, C. AUBRY et C. RAU, par E. BARTIN, *Cours de droit civil français*, T. X, Librairie générale de jurisprudence, 5^e éd., 1918, § 659, p. 576 et s., G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. IX, *Des donations entre vifs et testaments*, T. I, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 3^e éd., 1905, n°1159, p. 527 ; A. COLIN et H. CAPITANT, par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. III, Dalloz, 10^e éd., 1950, n°1637 ; B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Les obligations*, op. cit., n°192 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, avec le concours de P.-J. CLAUX et N. GOUZIGOU-SUHAS, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, éd. Cujas, 1998, n°397 ; G. PACILLY, *Le don manuel*, Thèse, Caen, Impr. Caron et Cie, 1936, n°7 et s. ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préface B. TEYSSIÉ, LGDJ, bibliothèque de droit privé T. 209, 1989, n°103 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, préface P. RAYNAUD, LGDJ, 1985, n°523 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préface P. CATALA, LGDJ, bibliothèque de droit privé, T. 355, n°331 et s. ; R. TENDLER, *Le don manuel, une institution anachronique ?*, D. 1989, chr. 245 et s., spéc. 246, 247 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, Defrénois 1998, art. 36784, p. 497 et s., spéc. n°12, p. 500.

mais plus le transfert de la possession³⁵¹, à partir de laquelle on peut déduire la propriété³⁵². La préservation de la qualification de contrat réel, en doctrine et en jurisprudence, pour le don manuel nous apparaît, par ailleurs, comme issue de l'économie particulière de cette opération.

73 - L'intention libérale au cœur d'une qualification formaliste. La doctrine considère, en principe, que la tradition dans le don manuel, constitue un formalisme de substitution. Le Code civil impose à l'article 931 la forme notariée pour les donations entre vifs. La tradition réelle est alors considérée comme un "palliatif" de la carence de la formalité particulièrement stricte, imposée par les textes. Elle permet au donateur de prendre la mesure de l'engagement qu'il passe, de la même manière que l'acte notarié. L'exigence d'une remise de la chose dans le don manuel « *réside dans la volonté de protéger le consentement contre la légèreté de l'engagement ou la captation de la libéralité et d'assurer efficacement l'irrévocabilité de l'acte* »³⁵³. Un formalisme – la remise de la chose – est ainsi substitué à un autre, la rédaction d'un acte authentique. L'idée sous-jacente ici est celle d'une protection efficace de la partie qui se dépouille, en raison de la gravité de l'acte. Le *tradens* dans le don manuel, remet son bien à titre gratuit et mérite à ce titre une protection supplémentaire. L'iniquité du rapport, inhérente à la nature même de l'opération et recherchée par les parties, permettrait au donateur de ne pas être engagé par sa seule promesse. Contrairement aux promesses dont peuvent faire l'objet les autres contrats considérés traditionnellement comme réels – qui, s'ils ne sauraient faire l'objet d'une exécution forcée en cas de non respect, peuvent entraîner l'octroi de dommages et intérêts – la promesse de don manuel est dépourvue de toute efficacité juridique³⁵⁴. L'inefficacité de la promesse en la matière apparaît comme la conséquence de la gratuité³⁵⁵ : « *on constate une certaine méfiance à l'égard de l'intention libérale qui explique que le débat ait porté pour ces contrats, principalement sur la validité même de la promesse,*

³⁵¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 1960, préc., « *le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci, et assure l'irrévocabilité de la donation* ».

³⁵² Civ. 1^{ère}, 18 mars 1980, Bull. civ. I, n°91, « *le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption en ce sens ; il appartient donc à celui qui revendique la chose de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don, ou de prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions légales pour être efficace* ».

³⁵³ B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Les obligations*, op. cit., n°192, p. 79.

³⁵⁴ V. par exemple, V.-J. DEBEAURAIN, *Les formes modernes du don manuel*, JCP éd. N., 1979, Doctr, 276, n°9, « *la simple promesse verbale de gratification est sans aucune valeur juridique, quand bien même elle aurait été acceptée par le bénéficiaire* ».

³⁵⁵ Au delà de cette présentation traditionnelle, une explication alternative de l'inefficacité de la promesse de don manuel peut cependant être proposée, V. *Infra*, n° 373.

la remise apparaissant seule capable, au premier abord, d'assurer une manifestation suffisamment sûre d'une volonté réelle définitive »³⁵⁶. Le débat sur la nature de la validité des promesses de contrat réel, ou plutôt sur l'octroi d'une telle qualification pourrait, dès lors, se cristalliser, non plus sur la distinction portant sur la qualité des parties, mais sur l'économie de ces opérations.

2. La gratuité, condition essentielle à la qualification de contrat réel

74 - La légitimité d'une protection dans les contrats réels. L'inefficacité de la promesse de don manuel semble avoir pour cause la nature gratuite du contrat³⁵⁷. Rien ne s'oppose, dès lors, à la généralisation de cette réflexion à l'ensemble des contrats réels. Les contrats de dépôt, prêt à usage et de consommation pourraient ainsi conserver leur nature réelle, dès que ceux-ci seraient conclus à titre gratuit. L'idée d'une lecture instrumentaliste de la notion est ici prégnante : la remise de la chose serait indispensable dans certains cas à la formation du contrat en ce qu'elle constituerait une protection pour la partie qui remet le bien. Les remettants, dans ce type de relation, se dépouillent, à titre gratuit et peuvent à ce titre bénéficier d'une protection supplémentaire. La protection visée ici est spécifique au type de relation issue des contrats réels : elle se caractérise par l'impossibilité d'être engagé par le seul effet de sa volonté. Comme en attestent les articles 1876³⁵⁸, pour le prêt à usage et 1917³⁵⁹ pour le dépôt, cette théorie apparaît proche de la philosophie qui a pu inspirer la rédaction du Code. N'y voyant que des contrats de bienfaisance, issus de relations amicales, les codificateurs auraient consacré une qualification formaliste pour ces contrats afin de préserver les intérêts de celui qui se dépouille à titre gratuit³⁶⁰.

³⁵⁶ M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, préc., n°11, p. 9, Adde, N. PETERKA, *Les dons manuels*, op. cit., n°333.

³⁵⁷ C. LEBEL, *Evolution de la propriété mobilière et don manuel (Origine et exception à la règle de la solennité des donations entre vifs)*, Dr. et patr. 1999, n°74., « le don manuel est une libéralité (...). Pour cette raison fondamentale, la jurisprudence actuelle continue à exiger la réalité de la tradition, pour que le don manuel soit valable (...) ».

³⁵⁸ « Ce prêt est essentiellement gratuit ».

³⁵⁹ « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit ». On peut toutefois préciser que l'article 1928 prévoit expressément la faculté pour le dépositaire de stipuler un salaire.

³⁶⁰ M. GALLI, « Le prêt à usage n'est pas un contrat commutatif ; il est entièrement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur. Aussi, les jurisconsultes mettent le prêt à usage parmi les contrats de bienfaisance, étant de son essence d'être gratuit » in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Otto Zeller Osnabrück, 1968, p. 450.

La distinction entre contrat réel et contrat consensuel pourrait ainsi découler de la nature gratuite ou onéreuse du contrat. Cette distinction permettrait de répondre à la traditionnelle opposition formulée à l'encontre des contrats réels, consistant à se demander pourquoi le bailleur, même particulier, est en principe totalement lié par le contrat dès l'échange des consentements, alors que le prêteur ne pourrait l'être avant la remise de la chose : parce que ce prêteur à usage ne reçoit rien en retour. La dimension gratuite de l'acte engendrerait « *une certaine gravité de l'acte justifiant une protection voisine de celle qui est organisée pour le don manuel* »³⁶¹.

La théorie présentée n'est pas dénuée de toute positivité. La jurisprudence semble fixée depuis l'arrêt du 28 mars 2000 dans lequel la Cour de cassation a jugé que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* »³⁶². La solution est précisée dans un arrêt rendu le 4 juin 2002 par lequel la Cour de cassation a pu affirmer que « *le caractère consensuel d'un contrat n'impose pas que les volontés soient formulées de manière expresse* »³⁶³. Dans cette conception la qualification du contrat se déduit de la qualité des parties contractantes et la solution inverse a été retenue en matière de prêt d'argent consenti par un non professionnel. Ainsi, la Haute juridiction a pleinement consacré la divergence de qualification en décidant que « *le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose* »³⁶⁴. Si la combinaison de ces différentes décisions peut paraître convaincante, elle laisse toutefois subsister certaines zones d'ombre et, à l'analyse, se révèle critiquable³⁶⁵. Que décider, en effet, si un prêteur d'argent non professionnel prête des fonds avec intérêts ? La logique actuelle, proposant de dissocier entre contrat conclu par un professionnel et contrat

³⁶¹ L. LEVENEUR, *Classification des contrats : le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé*, JCP. E. 2000, p. 1383.

³⁶² Civ. 1^{ère} 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°105 ; GAJC, 11^e éd., n°269-270 (II) ; D. 2000, p. 482, n. S. PIEDELIÈVRE ; D. 2000, somm. p. 358, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2001, somm. p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; D. 2002, somm. p. 640, obs. D.-R. MARTIN ; JCP 2000, II, 10296, concl. J. SAINTE-ROSE ; JCP N. 2000, II, p. 1270, note D. LOUCHOUARN ; Defrénois, 2000, p. 720, obs. J.-L. AUBERT ; CCC 2000, n°106, obs. L. LEVENEUR ; pour une analyse plus critique de la décision V. F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492.

³⁶³ Civ. 1^{ère}, 04 juin 2002 Bull. civ. I, n°159.

³⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, Bull. civ. I n°138, RDC 2006, n°3, p. 778, note P. PUIG ; RLDC, 12/2006, n°33, p.5 note M.-P. VIRET ; S. PIEDELIÈVRE, *Le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose*, JCP éd. E. 2006, 2195.

³⁶⁵ S. PIEDELIÈVRE, *Le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose*, préc., pour l'auteur, rien dans la définition de l'article 1892 ne permet de dissocier les prêts consentis par des professionnels et ceux consentis par des non professionnels. « Cette disposition impose une interprétation unique et donc une unité de qualification, sauf à lui dénier une quelconque utilité ». En ce sens, « la distinction posée par la première Chambre civile de la Cour de cassation aboutit à des règles à géométrie variable, en fonction de la qualité d'une des parties ».

conclu par un profane conduirait à qualifier cette opération de contrat réel. Or est-il véritablement pertinent d'accorder une protection supplémentaire, celle de n'être engagé que par la remise des fonds, alors même que le prêteur espère tirer un avantage du contrat ? L'idée de protection inhérente à la matière des contrats réels semble s'opposer à une telle solution. Consacrer une distinction dans la qualification en fonction de la nature du contrat, et non en fonction de la qualité des parties paraît alors s'imposer. L'argument soulevé tendant à nier la catégorie des contrats réels en référence au bail, prend ici une certaine ampleur. Selon l'article 1709 du Code civil, un bail est nécessairement conclu à titre onéreux³⁶⁶. De plus, même s'il est conclu par un particulier, il est considéré comme étant un contrat consensuel. Le droit n'accorde pas une protection supplémentaire au bailleur dans la formation du contrat, en raison de l'assurance d'une contrepartie pour le bailleur. L'esprit du contrat de bail et du prêt à intérêt n'est pas si éloigné, le prêteur et le bailleur remettent la chose dans le but de percevoir un prix, sous la forme d'intérêt ou d'un loyer. Dans un prêt à usage, l'esprit est différent, puisque la transmission du bien se fait sans contrepartie, aussi, la qualification de contrat réel s'impose-t-elle. L'attribution de la nature réelle à un contrat doit donc s'opérer au regard de l'essence même de l'opération. Intéressée, celle-ci doit être qualifiée de contrat consensuel ; à titre gratuit, la qualification de contrat réel peut s'imposer. Sans contrarier en substance les principes posés par la Cour de cassation³⁶⁷, et en respectant plus la lettre du Code civil, la conception proposée ici apparaît également plus juste.

75 - La nature de la protection dans les contrats réels. L'exigence d'une remise de la chose serait, en matière de contrat réel, source de protection. D'après un auteur, quand l'accord n'est que verbal, les parties ne se sentent pas engagées³⁶⁸. Ce formalisme permettrait donc d'attirer l'attention du contractant sur l'engagement qu'il est sur le point de prendre. En cela, la catégorie des contrats réels traduirait *« l'importance du déplacement de valeur et (exprimerait) une conception moins intellectuelle et par là plus vraie des relations contractuelles »*³⁶⁹. La protection en

³⁶⁶ Un bail ne peut être à titre gratuit, sinon il serait requalifié en prêt à usage.

³⁶⁷ Les contrats conclus par les professionnels étant toujours intéressés.

³⁶⁸ M. GARNIER, *le prêt à usage*, op. cit., n°104, « celui qui dans un élan de générosité, a promis à un camarade de lui prêter un bien, n'a pas l'impression d'avoir contracté tant qu'il n'a pas remis la chose et se réserve le droit de revenir sur sa décision après mûre réflexion ; l'emprunteur n'est quant à lui pleinement satisfait que lorsqu'il a la chose entre ses mains, doutant de la parole donnée jusqu'à la tradition. L'exigence de la remise donne ainsi au commodant le temps de la réflexion, protection non seulement utile mais aussi particulièrement adaptée au prêt à usage verbal ».

³⁶⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1993, n°452, *Adde.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les Obligations, L'acte juridique*, op. cit., n°304.

cause s'entendrait donc de la faculté laissée au *tradens* de pouvoir ne pas être lié par un contrat avant la remise de la chose ; l'objectif recherché étant d'attirer son attention sur la décision qu'il est en train de prendre. Conditionner la formation du contrat à la remise de la chose traduirait la volonté de pallier les déséquilibres obligationnel et relationnel issus de telles opérations. Le remettant prend en effet un risque en se dépouillant à titre gratuit : celui de voir sa propriété altérée³⁷⁰.

Toutefois, l'idée d'accorder à la remise de la chose, le statut d'élément de protection contractuelle peut laisser dubitatif. Il n'a véritablement jamais été démontré que la remise de la chose permet d'assurer une protection du consentement. Il semble, en effet, que la protection accordée par la qualification de contrat réel soit moins psychologique³⁷¹, que juridique. Elle consisterait dans la faculté pour celui qui a promis de ne pas être tenu par les termes de la promesse³⁷². Si le contrat est à titre gratuit, le promettant disposerait d'une faculté de retenir la chose, correspondant à un droit de ne pas contracter³⁷³. Calquées sur le régime de la promesse de don manuel, les promesses de contrats réels, contrats à titre gratuit par

³⁷⁰ A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel – Essai d'un renouveau par le droit des biens*, op. cit., n°14, « le point commun des diverses opérations encadrées par le contrat réel réside d'ailleurs dans le constat d'un déséquilibre relationnel et obligationnel. Une partie prend le risque de confier son bien à son cocontractant, sans contrepartie équivalente, tandis que seul ce contractant est ensuite obligé au stade de l'exécution du contrat. L'adoption du contrat réel serait donc liée à la volonté de stigmatiser un déséquilibre obligationnel aux dépens de l'acceptant ». Le formalisme imposé par la remise de la chose « traduit une même volonté de mettre en exergue le déséquilibre relationnel résultant de la perte de maîtrise physique du propriétaire sur son bien rendant fébrile sa relation de propriété et imposant le maintien de la maîtrise jusqu'au stade ultime de la concrétisation de la relation contractuelle envisagée » (n°100).

³⁷¹ La protection "psychologique" consistant dans la concrétisation de l'idée que peut se faire le *tradens* selon laquelle il ne peut être engagé que par la remise de la chose.

³⁷² Une autre protection, de type plus procédurale toutefois s'évince également de la qualification en contrat réel ou consensuel. Il apparaît, en effet, que la charge de la preuve de la remise varie en fonction de cette qualification. Deux arrêts, rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 14 janvier 2010 (Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, Bull. civ. I, n°6 et n°7, D. 2010, p. 620 comm. J. FRANÇOIS) en matière de prêt d'argent, en attestent. Alors que classiquement, lorsque le prêt est réel, c'est à celui qui demande la restitution des sommes prêtées de prouver la remise, il en va différemment en présence d'une reconnaissance de dettes. Dans cette hypothèse, bien que la cause de la reconnaissance de dettes ne soit pas exprimée, les juges présument la remise des fonds et font peser sur l'emprunteur la charge de la preuve de leur non remise. La solution est donc protectrice des intérêts du prêteur (2^{nde} espèce, n°08-18581 ; V. déjà Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2009, Bull. civ. I, n° 203, D. 2010, p. 218, note V. REBEYROL ; Defrénois 2010, p. 109, obs. É. SAVAUX ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, Bull. civ. I, n°175 ; *Contra*, Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 138). Au contraire, lorsque le prêt est consensuel, la situation apparaît particulièrement en faveur de l'emprunteur. Dans la première espèce des arrêts du 14 janvier 2010 (n°08-13160), la Cour affirme avec force que « si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds ».

³⁷³ Réfutant toutefois cette analyse V. CA Colmar, 8 mai 1845 : S. 47, 2, p. 117 ; DP 1846, 2, p. 219, concernant le prêt à usage d'un local. La Cour d'appel décidant que la promesse de prêt à usage emporte une obligation de livrer la chose pour le prêteur.

essence, devraient être considérées comme dépourvues d'efficacité et donc de force obligatoire. Les contrats traditionnellement qualifiés de réels, mais conclus à titre onéreux³⁷⁴, ne devraient plus l'être, la promesse devant alors être pleinement respectée.

Il est toutefois possible de s'interroger sur les effets qu'aurait, eu égard à la protection accordée au *tradens*³⁷⁵, une requalification en contrat consensuel. Un tel mouvement de "déréalisation" accorderait une nature synallagmatique à ces contrats. Le remettant serait ainsi débiteur d'une obligation de remettre la chose ; or la situation juridique subséquente pourrait paraître paradoxale. Dans le cadre d'un prêt à usage ou d'un prêt de consommation, le débiteur serait obligé de remettre la chose, à titre gratuit ; il serait obligé de se dépouiller sans contrepartie, situation que la doctrine a toujours refusée d'admettre en matière de don manuel. Dans l'hypothèse d'un contrat de dépôt consensuel³⁷⁶, la situation est encore plus marquante : le remettant pourrait être obligé de tirer le bénéfice d'un contrat dont il ne veut plus. Ces considérations ne valent pas si le contrat est conclu à titre onéreux. Dans cette hypothèse, la situation est différente : les deux parties bénéficient du contrat. Une différence de qualification peut alors s'imposer, l'essence de ces contrats n'est pas la même. Conclu à titre onéreux, un contrat de prêt ou de dépôt, ne répond pas à la même opération économique qu'un contrat de prêt ou de dépôt conclu à titre gratuit. Dans la première situation, le prêteur ou le dépositaire recherchent nécessairement un profit et peuvent agir en vertu d'une activité commerciale, alors que dans la seconde, ces mêmes parties contractent uniquement dans le but de rendre service sans viser un quelconque enrichissement. Aussi, dans le cadre d'un contrat conclu à titre onéreux, exiger la tradition n'est-il pas choquant, puisque le débiteur de la remise est également créancier d'une prestation que devra lui fournir l'*accipiens*.

À l'opposé, la nécessité d'une remise de la chose pour former le contrat, quand celui-ci est à titre gratuit, paraît être le seul moyen de préserver l'équité d'un rapport

³⁷⁴ Sont ici essentiellement visés le dépôt et le prêt de consommation, la gratuité étant de l'essence même du prêt à usage. Les prêts à usage consentis à titre "intéressés", ne devraient pas être qualifiés de la sorte, en raison de la contrepartie éventuelle que peut tirer le prêteur du contrat. Pour une analyse des prêts à usage gratuits mais "intéressés", V. C. MAURO, *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois 2000, p. 1024, spéc. p. 1035, selon cet auteur, quand l'opération est intéressée, le régime juridique du prêt à usage ne devrait pas s'appliquer.

³⁷⁵ À l'*accipiens* dans le dépôt, le déposant étant dans cette opération le bénéficiaire du contrat, contrairement aux prêts où le bénéficiaire du contrat, celui qui tire profit de l'opération, est l'emprunteur.

³⁷⁶ Sur l'hypothèse d'un dépôt consensuel, V. P. PUIG, *Preuve du dépôt verbal : qui croire ?*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 2005, RDC 2005, p. 1120, et du même auteur, *Contrat de coffre-fort : l'énigme continue !*, note sous Cass. com., 11 octobre 2005, RDC 2006, p. 422 et V. *Infra* n° 198 et s.

contractuel naturellement déséquilibré. La qualification solennelle ne pouvant pas être retenue en l'espèce³⁷⁷, maintenir le "réalisme" et la formalité de la remise, apparaît comme la seule faculté offerte pour tenir compte de l'impératif de protection en la matière, faute de mieux. Le rôle créateur et protecteur de la remise est donc, à l'image de son rôle translatif, particulièrement restreint. Ne trouvant à s'appliquer que dans des hypothèses réduites, elle contribue à autoriser le maintien d'une catégorie juridique aux contours désormais mieux définis³⁷⁸. Si une telle proposition se comprend, elle pourrait toutefois être remise en cause par la qualification de certaines opérations, pourtant conclues à titre onéreux, en contrat réel. De nombreux auteurs proposent, en effet, d'analyser la dation en paiement de la sorte.

3. Une résistance à la proposition : la qualification de la dation en paiement en contrat réel ?

76 - La difficile approche de la dation en paiement. La dation en paiement est une « *modalité exceptionnelle du paiement consistant à changer l'objet même du paiement, en employant, pour satisfaire le créancier (pour exécuter l'obligation) une chose autre que celle qui faisait l'objet de l'obligation* »³⁷⁹. Une chose peut ainsi être donnée en paiement à la place d'une autre si le créancier y consent. La difficulté d'analyse de la dation en paiement vient de sa spécificité. Il s'agit selon toute vraisemblance d'une opération tendant à un paiement, mais elle ne se réduit pas à un paiement. Elle ne correspond pas à l'exécution de la prestation initialement prévue par les parties, en ce sens, c'est un paiement anormal. Afin d'accorder une force extinctive à la remise d'une chose autre que celle initialement stipulée, un accord des parties est impératif. Sans être évidente au premier abord, la reconnaissance de la nature

³⁷⁷ Les "lourdeurs" du formalisme imposé par les contrats solennels n'étant pas adaptées à ce type de contrat.

³⁷⁸ Il est possible de noter que les récents projets de réforme en matière de droit des contrats, conçoivent implicitement, puis directement, les contrats réels comme catégorie juridique autonome. Si l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription consacre explicitement le principe du consensualisme (art. 1102-4 al. 1 et 1127), et ne prévoit de dérogation que par le biais des contrats solennels (art. 1102-4 al.2 et 1127-1), J. GHESTIN, (in *rapport explicatif*) semble prôner le maintien de la catégorie. Plus explicitement, l'avant-projet de réforme du droit des contrats prévoit à l'article 9 al. 3 que « *le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise effective d'une chose* ». De même, le « *Projet Terré* », prévoit au dernier alinéa de l'article 68 qu'« *en outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose au débiteur* », Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de F. TERRÉ, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2009.

³⁷⁹ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° *Dation en paiement*.

conventionnelle de la dation en paiement (a) limite la faculté de la remise de la chose à produire un paiement extinctif (b).

a. Les difficultés analytiques de la dation en paiement

77 - La nature débattue de la dation en paiement. « *La doctrine s'accorde à présenter la dation en paiement comme la remise au créancier d'une chose autre que celle qui était due en vertu de l'obligation, mais ici cesse l'unanimité* »³⁸⁰. La nature juridique de la dation en paiement est discutée et suscite le débat. Différentes analyses sont proposées afin d'expliquer et de justifier ses effets.

Selon certains, la novation consistant dans l'extinction d'une obligation par la création d'une nouvelle, la dation en paiement serait une novation par changement d'objet, puisque le créancier accepte de remplacer son ancienne créance par une nouvelle ayant un objet différent. Suivant cette thèse, « *toute dation en paiement implique (...), même sans que les parties s'en rendent compte, une novation sous-entendue* »³⁸¹. La position est néanmoins critiquable en de nombreux points³⁸² : ainsi par exemple, il est possible de relever que « *la dation en paiement est un mode d'exécution de l'obligation d'origine, tandis que la novation substitue une obligation nouvelle à l'obligation d'origine* »³⁸³. De même, il semble que les conditions nécessaires à la novation ne sont pas réunies dans la dation en paiement. Enfin, il n'apparaît pas que la dation en paiement contienne de véritable *animus novandi*³⁸⁴, qui, pourtant, ne saurait être présumé³⁸⁵.

³⁸⁰ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties – Étude de droit civil français*, préface D. TALLON, LGDJ, bibliothèque de droit privé T. 166, 1980, n°180.

³⁸¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, *op. cit.*, n°523 ; Adde, C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. III, Librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 4^e éd., 1869, §292 ; Pour des applications jurisprudentielles, V. par ex. Cass. 19 juin 1817, S. 1819, 1, 35 ; Cass. civ. 23 octobre 1888, D. 1889, 1, 167 ; Rapp. A. BÉNABENT, JCP 1974, II, 17876, n°15 et s., qui estime qu'il s'agirait d'une novation particulière en raison de l'instantanéité d'exécution de la nouvelle obligation.

³⁸² Pour une critique de l'analyse de la dation en paiement comme une novation par changement d'objet, V. F. BICHERON, *La dation en paiement*, préface M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2006, n°101 et s. ; A. GOZHI, *op. cit.*, n°184 et s.

³⁸³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *Les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 6^e éd., 2009, n°423, note 3 ; Adde, H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n°892 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°1324-6.

³⁸⁴ F. BICHERON, *op. cit.*, n°103 et s. ; Adde, D. HIEZ, *La nature juridique de la dation en paiement*, RTD civ. 2004, p. 199 et s., spéc. n° 13.

³⁸⁵ Art. 1273 C. civ. « *La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ». Toutefois, si une telle volonté se retrouve dans l'acte, la qualification de novation serait à retenir, à l'exclusion de celle de dation en paiement.

D'autres auteurs voient dans cette opération la combinaison d'une vente et d'une compensation. La dation en paiement constitue, suivant cette théorie, un contrat de vente du bien donné accompagné d'une compensation entre l'obligation de payer le prix de cette vente et l'obligation que le débiteur entend payer par la dation³⁸⁶. Cette analyse est néanmoins critiquée en ce qu'elle ne respecte pas totalement l'intention des parties. Elle « *scinde artificiellement en deux temps une opération qui est unique dans l'intention des parties* »³⁸⁷. En outre, l'analogie entre la dation et la vente n'est pas évidente. Dans la vente, le transfert de la propriété et la délivrance ne sont pas nécessairement immédiats, la vente de choses futures et la vente à terme étant admises. Or pour que le paiement par une dation soit valable, le transfert de la propriété et la délivrance doivent être instantanés³⁸⁸. Les analyses qualifiant la dation en paiement de novation ou de vente suivie d'une compensation semblent devoir être exclues en raison de leurs trop nombreuses failles et de la rupture qu'elles introduisent « *dans la vie de l'obligation là où les parties ne veulent que parvenir à son exécution, son paiement* »³⁸⁹. Ainsi, dans la dation en paiement, le paiement ne semble pouvoir se réaliser qu'à la suite d'une modification conventionnelle de l'obligation.

78 - La cristallisation du débat sur la modification conventionnelle de l'objet de l'obligation. Pour d'autres auteurs, la dation en paiement peut être analysée comme une convention modificative de l'objet de l'obligation réalisant un paiement³⁹⁰. Dans cette conception, la dation en paiement opère une modification de l'objet de l'obligation originaire. La nature conventionnelle apparaît indiscutable : la dation en paiement repose nécessairement sur un accord de volontés des parties, le créancier ne pouvant être contraint « *de recevoir une autre chose que celle qui lui est due* »³⁹¹. De même, la dation en paiement est qualifiée de paiement « *très particulier*

³⁸⁶ V. par ex. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris, G. Thorel Librairie, 4e éd., 1844, n°80 et s., cette thèse a semblé être retenue par la jurisprudence un certain temps, la Cour de cassation considérant comme applicable à la dation en paiement la garantie d'éviction (Cass. civ. 3^e, 13 déc. 1968, Bull. civ. III, n°552) ou encore l'action en rescision pour lésion de plus des 7/12e du vendeur d'immeubles (Cass. civ. 3^e, 4 juill. 1968, Bull. civ. III, n° 324).

³⁸⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *Les obligations*, T. 3, *op. cit.*, n°452.

³⁸⁸ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n°893, « *il n'y a pas de paiement sans transfert immédiat et sans livraison instantanée* ».

³⁸⁹ D. HIEZ, *op. cit.*, n°13.

³⁹⁰ A. GHOZI, *op. cit.*, n°241 et s. ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préface J. CARBONNIER, LGDJ, bibliothèque de droit privé T. 25, 1961, n°107 ; D. LÉOTY, *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique*, RTD civ. 1975, p. 12 et s. spéc. n°10, « *d'un commun accord, le solvens et l'accipiens opèrent modification de l'objet de l'obligation* ».

³⁹¹ Art. 1243 C. civ.

puisque l'objet donné en paiement n'est pas la prestation qui était due »³⁹². La particularité vient du fait que la chose donnée n'est, naturellement, pas la prestation que le créancier escomptait à l'origine. Aussi, en elle-même, la transmission d'une chose en lieu et place de la prestation due originellement n'est-elle pas libératoire³⁹³. L'accord des parties est indispensable à l'octroi du caractère libératoire d'un tel paiement. Cette convention modifie non pas l'ensemble de l'opération prévue par les parties, mais seulement l'objet de l'obligation du débiteur : « *ce n'est plus par telle prestation, mais par la dation de telle chose que le débiteur réalisera l'exécution* »³⁹⁴. La dation en paiement se caractérise donc par le maintien du contrat et par la modification de la prestation due³⁹⁵. La spécificité de la modification de l'objet de l'obligation se trouve dans le fait qu'elle laisse subsister l'obligation originaire³⁹⁶. Ainsi, à l'occasion d'une telle modification, le lien de droit entre créancier et débiteur n'est pas modifié dans son essence. L'obligation subsiste, mais la prestation à accomplir change³⁹⁷. L'aspect matériel de l'obligation est modifié par la dation en paiement, et c'est l'exécution de la prestation substituée qui réalise le paiement. La dation en paiement constitue, en effet, un paiement³⁹⁸. Il s'agit d'une « *évidence : elle éteint la dette (...) en donnant au créancier une satisfaction au moins approximative* »³⁹⁹.

³⁹² H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n°893.

³⁹³ N. CATALA, *op. cit.*, n°107 ; Adde, G. MARTY, P. RAYNAUD, et Ph. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, T. II, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, « *en elle-même, la remise d'une chose ne peut logiquement pas éteindre une obligation de somme d'argent !* », n°445.

³⁹⁴ N. CATALA, *op. cit.*, n°107.

³⁹⁵ *Contra*, F. BICHERON, *op. cit.*, selon qui la modification de l'obligation et la dation en paiement n'ont pas le même objectif. Suivant l'auteur, la modification est « *un acte de prévision, de réajustement contractuel pour le futur (...) il est critiquable de traiter de modification au moment de la liquidation du rapport obligatoire* », n°115 ; Adde, F. GRUA, *L'obligation et son paiement*, in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479.

³⁹⁶ À la différence de la novation. En ce sens V. A. GHOZI, *op. cit.*, n°36 et s. Selon cet auteur, la modification de l'objet ne fait pas disparaître l'obligation puisqu' « *un individu peut fort bien se satisfaire d'un autre objet dont la destination est différente de celle du premier, non pas par caprice, mais plus couramment parce qu'il dispose d'un autre intérêt à satisfaire* », n°68. Aussi, seule la disparition de la cause entraîne une disparition de l'obligation « *dans notre droit consensualiste [la cause] exprime la raison d'être de l'obligation, et cette dernière apparaît par voie de conséquence comme l'instrument juridique destiné à l'accomplir. On conçoit alors que son remplacement provoque la disparition de l'obligation qu'elle justifie* », n°20.

³⁹⁷ D. HIEZ, *op. cit.*, n°18. L'auteur opère la distinction entre le rapport de droit, le *vinculum juris*, et la prestation ou objet de l'obligation, « *ces deux objets ne peuvent toutefois pas être mis sur le même plan ; le lien de droit constitue l'essence de l'obligation tandis que la prestation n'en est que la matière (...). Il nous semble en conséquence qu'il n'y a pas de contradiction entre modification de l'objet de l'obligation et maintien de l'obligation originelle* » ; Adde sur la distinction entre le *vinculum juris* et la prestation, V. S. PRIGENT, *Le dualisme dans l'obligation*, RTD civ. 2008, p. 401.

³⁹⁸ Pour un point de vue plus nuancé, V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°1324.

³⁹⁹ G. MARTY, P. RAYNAUD, et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n°445.

b. La réalisation d'un paiement

79 - Le transfert de propriété par la convention n'épuise pas la dation en paiement. Lorsque la dation en paiement porte sur la remise d'une chose, un transfert de la propriété se réalise. La réalisation du paiement suppose que la propriété de la chose soit immédiatement transmise au créancier. Selon certains auteurs, le transfert de la propriété dans la dation en paiement s'opère par la *datio*, réalisant ainsi « *un des rares cas de paiement translatif* »⁴⁰⁰. Dans cette conception, le transfert ne s'effectue pas par l'échange des consentements, mais par l'exécution de l'obligation de *dare* qui survit à l'accord. Le transfert du droit coïncide alors avec la remise de la chose⁴⁰¹. Partant, le transfert de propriété et la remise de la chose devraient être considérés non comme des effets de la dation mais comme des conditions de son existence. Pour corroborer cette analyse, il est affirmé que la conclusion d'une dation en paiement résulte d'un accident au stade de l'exécution et qu'ainsi « *la confiance du créancier a été déçue. Seule la remise de la prestation peut lui assurer la sécurité qu'il recherche et lui permettre de croire sérieusement à sa satisfaction réelle* »⁴⁰². La proposition ne semble cependant pas pertinente en tous points. Elle tend, en effet, à qualifier la dation en paiement de contrat réel, dont la formation serait alors subordonnée à la remise de la chose⁴⁰³. Il est ici possible de percevoir un glissement trahissant une certaine confusion entre formation et exécution de la convention. Le mode de formation du contrat et le moyen de transférer la propriété ne doivent pas être confondus. En admettant même que le transfert de la propriété s'opère par la remise de la chose, la qualification de contrat réel ne s'impose pas nécessairement. Il a, en outre, été démontré que la qualification de contrat réel s'appuie sur une idée de protection du *tradens*⁴⁰⁴. Or suivant l'analyse proposée, la protection est accordée au créancier – l'*accipiens* de la dation en paiement – ce qui apparaît contradictoire avec l'essence de ce type de contrats. Enfin, la jurisprudence affirme, de façon très nette, que le transfert de propriété dans la dation en paiement est soumis au principe de l'article 1138 du Code civil. Dans un arrêt rendu le 27 janvier 1993, la première Chambre civile affirme effectivement que « *les parties n'avaient pas manifesté la volonté de déroger à la règle du transfert de propriété par*

⁴⁰⁰ D. LÉOTY, préc., n°32.

⁴⁰¹ Suivant l'auteur la remise coïncide avec le transfert du droit mais n'emporte pas ce transfert. *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ V. *Supra* n° 74 et s.

l'effet du seul consentement »⁴⁰⁵. La solution est d'ailleurs confirmée par différentes décisions dont celle rendue par la première Chambre civile le 8 juin 1999, dans laquelle la Cour de cassation rappelle que « *le seul consentement des parties à la dation en paiement rend celle-ci parfaite et rend le créancier propriétaire (...) la validité de la dation en paiement n' [est] pas subordonnée à la remise effective de la chose* »⁴⁰⁶. Ce dernier arrêt est riche d'enseignements puisque, s'il confirme la solution précédente, il condamne définitivement la théorie voyant dans la dation en paiement un contrat réel. L'admission d'un transfert de propriété suivant le schéma traditionnel ne pose, en soi, pas de problème et apparaît même comme une conséquence logique. Les transferts de propriété s'opèrent, en principe, selon le mode consensuel ; pourquoi la dation en paiement s'en écarterait-elle ? Toutefois, il n'est pas évident de considérer que le transfert de la propriété de la chose donnée épuise pleinement la dation en paiement. La finalité de l'opération se trouve dans la réalisation de la prestation. La dation en paiement emporte, outre la convention translatrice de propriété, un paiement. Celui-ci doit se réaliser immédiatement, ce qui justifie le transfert de propriété *solo consensu*, mais c'est l'exécution de la remise qui emporte la satisfaction du créancier. De la seule volonté des parties peut découler un transfert de la propriété de la chose, mais l'extinction de l'obligation par le paiement « *découle (...) de l'exécution effective d'une prestation* »⁴⁰⁷. La satisfaction du créancier est subordonnée à son acquisition de la chose ; il semble donc que c'est par la chose que s'opère véritablement le paiement.

80 - La réalisation du paiement par la chose. La dation en paiement est un mode d'extinction de la dette. Elle doit donc, présenter les traits caractéristiques du paiement : le désintérêt du créancier et la libération du débiteur⁴⁰⁸. Ainsi, « *la seule convention du transfert de la propriété d'un objet, sans la livraison effective, ne satisfait ni le débiteur qui doit en assurer la livraison (...) ni le créancier qui n'est pas assuré que celle-ci sera exécutée* »⁴⁰⁹. Seule la combinaison du transfert de la propriété et de la remise de la chose paraît en mesure de satisfaire le créancier et corrélativement de libérer le débiteur. Cette affirmation ne remet pas en cause la nature consensuelle de la dation en paiement à l'exclusion de la qualification d'une telle opération en contrat réel. La convention des parties permet le transfert de la

⁴⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, Bull. civ. I, n°39 ; Defrénois 1993, p. 730, note J.-L. AUBERT ; CCC 1993, comm. n°68, note L. LEVENEUR ; JCP 1994, II, 22195, note I. PÉTEL-TEYSSIÉ ; RTD civ. 1994, p. 132, obs. F. ZÉNATI.

⁴⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, inédit, pourvoi n°97-14871.

⁴⁰⁷ N. CATALA, *op. cit.*, n°107.

⁴⁰⁸ N. CATALA, *op. cit.*, n°6.

⁴⁰⁹ A. GHOZI, *op. cit.*, n°194.

propriété, mais c'est la remise de la chose qui permet l'extinction de l'obligation et ainsi la réalisation du paiement. Tant que l'obligation n'a pas été exécutée, bien que le transfert de propriété soit acquis, le paiement n'est pas réalisé. La dation en paiement peut tout à fait être qualifiée de convention translatrice de propriété ; néanmoins, c'est l'exécution de cette convention, par la remise de la chose, qui emporte le paiement et éteint parallèlement l'obligation originaire. Il est, dès lors, possible de réfuter l'analyse menée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 22 avril 1974⁴¹⁰, qui semble lier la qualification de dation en paiement au seul effet translatif de la convention. Comme le démontre un auteur, la conception retenue par les magistrats ne tient compte que d'un seul des aspects de la dation en paiement. Seul l'aspect conventionnel de la dation en paiement est envisagé, à l'exclusion de son aspect extinctif, négligeant ainsi sa nature de paiement⁴¹¹. Sans pouvoir être qualifiée de contrat réel, puisque l'existence de la dation en paiement n'est pas subordonnée à la remise de la chose, la nature d'« *opération de caractère réel* »⁴¹² prend tout son sens. Si comme l'affirme un auteur, le paiement « *opère re* »⁴¹³, l'aspect conventionnel de la dation en paiement ne peut être qualifié de contrat réel.

81 - Synthèse. La tradition réelle se voit accorder un rôle protecteur de la volonté du *tradens*. Il est ainsi possible de découvrir une certaine efficience de la remise en matière de contrat réel. Son rôle doit néanmoins être doublement relativisé. Tout d'abord, la remise, sans l'accord des parties, n'est pas en mesure de former le contrat et n'apparaît donc que comme une condition exigée en supplément du consentement. Ensuite, le nombre de contrats pouvant être qualifiés de réels, sans être négligeable, est considérablement restreint. L'attribution de cette qualification aux seuls contrats à titre gratuit et donc essentiellement conclus dans des cercles familiaux ou amicaux en limite considérablement le rayonnement. Ces relations se situent ainsi à la frontière du droit demeurant « *dans la nuit paisible du non-droit, parce que ceux qui les ont nouées n'ont pas eu la volonté de les porter au grand jour du droit* »⁴¹⁴. Bien que présent, le rôle de la remise de la chose dans la formation du

⁴¹⁰ A. P. 22 avril 1974, Bull. A.P. n°1 ; D. 1974, p. 613 note F. DERRIDA ; JCP 1974, II, 17876, note A. BÉNABENT.

⁴¹¹ A. GHOZI, *op. cit.*, n°195, « en insistant comme l'Assemblée plénière sur le seul élément translatif pour qualifier l'acte litigieux (...) on parvient à protéger le patrimoine des créanciers du failli, mais on ne tient pas compte du fait que la dation n'a pas pu produire son effet extinctif ».

⁴¹² G. MARTY, P. RAYNAUD, et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n°446.

⁴¹³ D. LÉOTY, *préc.*, n°32.

⁴¹⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 33, l'auteur cite ici R. von IHERING, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, 1880, p. 56, 61.

contrat est presque marginalisé. Il rejoint, en ce sens, son rôle dans l'extinction du rapport d'obligations.

§ 2. La réduction du rôle de la remise dans l'analyse des restitutions

82 - L'impossible unité des obligations de restitution ? L'obligation de restitution est la contrepartie de la précarité du rapport entre un détenteur et le bien sur lequel il exerce une certaine emprise. La restitution se définit, dès lors, comme le « *fait de remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre, mais que l'on ne détenait pas injustement* »⁴¹⁵. L'idée sous-jacente de cette opération est donc le retour (*re*) du bien et sa remise en place (*statuo*). Nombreux sont les types de relations qui peuvent engendrer une obligation de restitution ; aussi, certains auteurs affirment-ils qu'« *il n'y a pas en droit civil de théorie générale de la restitution (...), mais seulement de nombreuses hypothèses, assez diverses, et même assez hétérogènes où une personne est tenue de restituer à un autre un bien (...)* »⁴¹⁶. L'affirmation est topique, mais s'il n'y a pas de théorie générale des restitutions, peuvent être néanmoins dégagées deux grandes catégories permettant de les regrouper. D'une part, les restitutions issues directement d'un rapport de volonté, dites « *restitutions normales* »⁴¹⁷. D'autre part, les « *restitutions anormales* »⁴¹⁸, qui selon l'auteur qui a systématisé cette distinction, sont celles « *qui provoquent un trouble, [celles qui] heurtent une situation juridique jusqu'alors paisible* »⁴¹⁹. Sans exclure pleinement les secondes, les développements qui suivent ont essentiellement pour objet les premières en raison de leur profond attachement au contrat⁴²⁰. S'il n'est en apparence pas évident de construire un régime général de la restitution d'origine contractuelle, il est possible d'en cerner une véritable unité dans certains domaines.

⁴¹⁵ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° restitution.

⁴¹⁶ Ph. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, Cours de doctorat Paris II 1974-1975*, coll. Les cours de droit, 1975, p. 37 ; Adde, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préface G. CORNU, Cujas, 1991, p. 271.

⁴¹⁷ M. MALAURIE, *op. cit.*, p. 35

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ Pour une présentation des restitutions notamment suite à la résolution d'un contrat, V. *Infra*, n° 342 et s.

Certes limitée, l'unité de la restitution se trouve tout d'abord quant à son objet, qui une fois épuré, consiste toujours en la même opération (A) ; elle se retrouve ensuite dans l'analyse renouvelée de la cause de l'obligation de restituer (B).

A. La recherche de l'unité fonctionnelle de l'obligation de restitution

83 - L'utilité d'une délimitation stricte du champ d'application de l'obligation de restitution. Le régime juridique et le contenu de l'obligation de restitution semblent varier d'une situation à l'autre. Ce phénomène semble s'expliquer par les liens étroits qu'entretient la restitution avec l'obligation de conservation de la chose. L'amalgame réalisé entre ces deux obligations, pourtant parfaitement dissociables, semble être à la source de la confusion. Aussi, une délimitation stricte s'impose-t-elle. Il est alors envisageable de découvrir une certaine unité fonctionnelle de l'obligation de restitution, dépassant ainsi les variations de l'étendue de son régime (1) et faisant fi de sa subordination à l'obligation de conservation (2).

1. Les variations de l'étendue de l'obligation de restitution

84 - Un contenu distinct en fonction du contrat. Suivant la théorie générale des obligations, l'obligation de restitution a une nature duale⁴²¹. Elle comprend, tout d'abord, l'obligation de livrer la chose en bon état, mais également l'obligation de « *livrer la chose dans l'état où elle se trouve au jour fixé pour la livraison* »⁴²². Toutefois, la théorie générale ne permet pas de rendre compte de la diversité des obligations de restitutions nées des différents contrats spéciaux. Les situations génératrices d'une telle obligation influent sur son étendue. Ainsi, l'obligation de restitution d'un dépositaire et celle de l'emprunteur ont un régime

⁴²¹ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, *Obligations – Théorie générale*, par F. CHABAS, Montchrestien, 1985, n°469 ; Adde S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préface G. VINEY, PUAM, 2003, n°13, qui considère qu'il ne s'agit que d'une « *fausse dualité* » en raison de la confusion entre l'obligation de restituer la chose en bon état et l'obligation de conserver la chose, n°15.

⁴²² Art. 1245 C. civ. Cet article est relatif à la livraison d'un corps certain, mais concerne également l'obligation de restitution, en effet, quand une obligation de restitution est issue d'un contrat, il y a bien « *livraison* ». En ce sens, V. par ex. J. ISSA-SAYEGH, J.-Cl. Civil, art. 1235 à 1248, fasc. n°30, n°8 et s.

différent. Par exemple, le moment de la restitution varie en fonction du contrat. Dans le dépôt, le dépositaire doit, selon le principe de la restitution *ad nutum*, restituer la chose quand le déposant la réclame⁴²³. La règle n'est cependant pas appliquée trop strictement par la jurisprudence. Elle permet, en effet, au dépositaire de ne pas restituer à la première demande, quand il justifie de motifs plausibles pour différer la restitution⁴²⁴. De même, le dépositaire ne peut restituer la chose avant que le déposant ne le lui ait demandé. Dans le prêt à usage au contraire, si aucun terme n'a été convenu, un terme implicite s'impose : le prêteur doit restituer une fois qu'il a terminé d'utiliser la chose⁴²⁵. Ce principe résulte de l'article 1888 du Code civil qui précise que « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* »⁴²⁶. La différence de régime se comprend ici en raison de la différence entre l'économie des deux conventions. La première ne confie que la garde de la chose, alors que la seconde en confie également l'usage. Par ailleurs, le débiteur de la restitution dans un contrat de dépôt doit rendre la chose dans « *l'état où elle se trouve au moment de la restitution* »⁴²⁷, mais est tenu des moins-values tenant à l'usure normale. À l'opposé, la règle est différente dans l'hypothèse d'un contrat de bail puisque le locataire doit rendre la chose dans son état d'origine mais n'est pas tenu des moins-values⁴²⁸. Les différents exemples utilisés semblent démontrer qu'il n'y a pas un type d'obligation de restitution identique dans ses modalités d'exécution et dans son contenu, mais des obligations de restitution spéciales qui diffèrent selon le contrat. Le contenu de l'obligation de restitution semble donc dicté par son « *fait*

⁴²³ Art. 1944 C. civ.

⁴²⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1988, D. 1988, p. 448 note. Ph. DELEBECQUE.

⁴²⁵ Une évolution jurisprudentielle en la matière peut être relevée. Par un arrêt rendu le 19 novembre 1996, (Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996, Bull. civ. I, n°407, CCC 1997, n°11, p. 4, note M.-L. IZORCHE ; D. 1997, p. 145, note A. BÉNABENT), la première Chambre civile a pu juger que « *le prêteur à usage ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après que le besoin de l'emprunteur ait cessé* ». Par la suite, la Cour de cassation est revenue sur cette décision en décidant, tout d'abord, qu'il revient « *au juge de déterminer la durée du prêt* » (Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, Bull. civ. I, n°312 ; JCP 1999, II, 10157, comm. M. AUDIT ; D. 1999, p. 414, note J.-P. LANGLADE), puis que « *lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable* » (Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, Bull. civ. I, n°34 ; D. 2004, p. 903, note C. NOBLOT ; JCP éd. E. 2004, p. 914 ; RTD civ. 2004, p. 312, note P.-Y. GAUTIER). Cette solution a été confirmée par un arrêt de la troisième Chambre civile le 19 janvier 2005 (Cass. civ. 3^e, 19 janvier 2005, Bull. civ. III, n°12).

⁴²⁶ Pour une application de la règle V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, D. 1994, p. 248, note A. BÉNABENT ; Adde, Ph. BIHR, *Le temps de la restitution, in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 33.

⁴²⁷ Art. 1933 C. civ.

⁴²⁸ Art. 1732 C. civ.

générateur »⁴²⁹, c'est-à-dire dans le cadre d'une restitution normale, par le rapport d'obligations qui l'a fait naître. Il n'y a donc pas de droit commun dictant le contenu de l'obligation de restitution. Comme l'a démontré un auteur, les restitutions normales « *sont [...] marquées par la diversité. Il n'y a pas de principe général en la matière* »⁴³⁰. Cette multitude de possibilités quant au contenu se traduit par une certaine hybridité du régime de l'obligation de restitution.

85 - Le régime discuté de l'obligation de restitution. Lorsque le créancier de l'obligation de restitution cherche à engager la responsabilité de son débiteur en raison des dommages causés à la chose, se pose le problème de sa classification de la restitution entre obligation de moyens ou de résultat⁴³¹. L'obligation de restitution peut, à première vue, être analysée comme une obligation de moyens. Le droit commun semble reconnaître à l'obligation de restitution un tel caractère. L'article 1245 du Code civil précise, en effet, que la libération du débiteur s'opère par la remise de la chose en l'état « *pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute* »⁴³². En outre, les divers articles visant les obligations de restitution issues des contrats spéciaux font référence à la faute. Si celle-ci est toujours constituée par la négligence ou l'imprudence dans la conservation, elle « *ne consiste pas en la violation d'une obligation déterminée ou de résultat qui serait caractérisée par la non-restitution de la chose confiée* »⁴³³. Cette conception de l'obligation de restitution comme n'étant qu'une obligation de moyens est, d'ailleurs, confirmée par la jurisprudence⁴³⁴.

Certains auteurs ont, néanmoins, permis de mettre en lumière le fait que l'obligation de restitution bouleverse « *les mécanismes attachés à la summa divisio traditionnelle* »⁴³⁵ en la matière. Ils affirment ainsi que la restitution constitue une

⁴²⁹ M. MALAURIE, *op. cit.*, p. 53 et s.

⁴³⁰ M. MALAURIE, *op. cit.*, p. 73.

⁴³¹ Selon la théorie présentée par R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. V, Rousseau et cie, 1928, n°1237.

⁴³² *Adde*, art. 1302 al. 1^{er} C. civ.

⁴³³ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, *La responsabilité des personnes obligées à restitution*, RTD civ. 1993, p. 757, n°17.

⁴³⁴ Pour l'obligation de restitution issue d'un dépôt, Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, « *le dépositaire est bien tenu d'une obligation de moyens* », Bull. civ. I, n°232 ; D. 1982, IR., 363, obs. C. LARROUMET ; RTD civ. 1982, p. 430, obs. Ph. RÉMY ; pour un contrat d'entreprise, Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1978, Bull. civ. I, n°46 ; pour l'obligation de restitution de l'acheteur lors d'une vente avec réserve de propriété, Cass. com. 19 octobre 1982, Bull. civ. IV, n°321 ; RTD civ. 1984, p. 515, obs. J. HUET.

⁴³⁵ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, *préc.*, spéc. n°8.

obligation de résultat⁴³⁶. Différents arguments peuvent être relevés afin de corroborer l'analyse. Cette thèse peut notamment s'appuyer sur un argument historique puisque le droit romain considérait la restitution comme une obligation stricte⁴³⁷. De même, l'analogie de l'opération de restitution, simple remise matérielle d'une personne à une autre, avec l'obligation de livraison qui par nature est de résultat⁴³⁸, permet de tendre vers la reconnaissance d'une obligation de résultat. Enfin, il a été démontré que les trois critères doctrinaux permettant de distinguer l'obligation de moyens de l'obligation de résultat, « *militent en faveur d'une obligation de restituer de résultat* »⁴³⁹. Dès lors, il est possible pour le créancier d'engager la responsabilité de son débiteur sans avoir à démontrer une éventuelle imprudence, négligence ou une défaillance de ce dernier. Le seul fait de ne pas restituer engage sa responsabilité.

L'obligation de restitution semble pouvoir rentrer dans le cadre à la fois de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat. Or une telle conclusion n'est pas satisfaisante, la frontière entre obligation de restituer de moyens et obligation de restituer de résultat doit être fixée. Il convient ainsi d'opérer une distinction entre l'obligation de restituer "pure" et l'obligation de restituer la chose en bon état. Il est notable que l'obligation de restitution semble recouvrir deux réalités distinctes et se divise en une obligation de restituer la chose et une obligation de la restituer en bon état, subordonnée à une obligation de conservation. Par conséquent, « *restituer la chose est une obligation de résultat, la restituer en bon état suggère une obligation de moyens* »⁴⁴⁰. De ce fait, le domaine de l'obligation de restitution de résultat est restreint aux seules hypothèses dans lesquelles le débiteur refuse de restituer le bien ou le restitue tardivement. À l'exclusion de ces deux hypothèses, c'est de l'obligation de conservation qu'il s'agit. La subordination de la restitution à la conservation ne dénote, en réalité, qu'une confusion entre ces deux obligations.

⁴³⁶ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, préc., n°23 et s ; S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, op. cit., n°28 et s.

⁴³⁷ H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, RTD civ. 1936, p. 1, spéc. n°29, l'auteur ne raisonne cependant pas sur la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, mais sur celle fondée sur l'obligation générale de prudence et de diligence et l'obligation déterminée.

⁴³⁸ V. par ex. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n°3225.

⁴³⁹ S. BERNHEIM-DESVAUX, op. cit., n°30, l'auteur démontre en effet que « *l'absence d'aléa repose notamment sur l'idée que la rigueur d'une obligation de résultat ne peut être envisagée que si, a priori, l'exécution de l'obligation est possible. Le défaut de participation de la victime à l'opération et, par conséquent, l'absence de liberté est favorable à l'admission d'une obligation de résultat. Le caractère déterminé de la prestation promise par le restituant œuvre également dans le sens d'une obligation de résultat. Enfin, le fait de ne pas représenter la chose confiée est tellement contraire au but du contrat que l'obligation de restitution doit être rigoureuse* ».

⁴⁴⁰ J. CARBONNIER, *Les biens – Les obligations*, op. cit., n°1075.

2. L'apparente subordination de la restitution à la conservation

86 - La force des liens entre restitution et conservation. Les liens entre l'obligation de restitution et de conservation sont si forts qu'il est souvent difficile de tracer clairement la frontière les séparant et par conséquent de définir celle qui est la source de la responsabilité⁴⁴¹. L'obligation de restitution n'est exigible qu'à l'échéance du contrat alors que l'obligation de conservation l'est tout au long de l'emprise sur la chose. Néanmoins, ce n'est qu'au moment de la restitution que l'inexécution ou la mauvaise exécution de la conservation peut être constatée. Partant, différentes propositions sont formulées afin de délimiter le champ d'application respectif de chacune des obligations.

Certains auteurs ont vu dans les obligations de restitution et de conservation une seule et même obligation⁴⁴². Suivant cette théorie de « *l'unicité de l'obligation de restitution* »⁴⁴³, il n'existe qu'une seule et même obligation à la charge du débiteur, celle de conserver et de restituer. La conservation n'est ainsi que le moyen d'une fin que constitue la restitution. La restitution englobe alors la conservation. Cette présentation est toutefois critiquable car, comme le démontre un auteur, la conservation n'est pas un moyen de l'obligation de restitution, elle en constitue plus un accessoire⁴⁴⁴.

De même, selon certains auteurs, le régime de l'obligation de restitution est attiré par celui de la conservation. L'obligation de restitution de résultat subit l'attraction de l'obligation de conservation de moyens et devient une obligation à

⁴⁴¹ J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, Masson, Armand Colin, séries droit, 1995, p. 162, « *c'est à l'époque de la restitution que l'on peut faire le bilan des négligences éventuelles du dépositaire* ».

⁴⁴² H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n°706-4 ; A. TUNC, *Le contrat de garde*, préface H. SOLUS, Dalloz, 1942, n°169 ; M. AMIOT, *Essai sur la faute contractuelle et la charge de la preuve en droit français*, thèse Paris, 1945, p. 272 ; Rapp. R.-J. POTHIER, *Traité du nantissement*, in *Œuvres de POTHIER*, T. V, par M. BUGNET, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., 1861, n°32, « *tout débiteur qui est obligé à rendre une chose, est obligé à la conserver pour la rendre ; l'obligation de la fin renferme celle des moyens nécessaires pour y parvenir* ».

⁴⁴³ S. BERNHEIM-DESVAUX, *op. cit.*, n°76.

⁴⁴⁴ C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, préface Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, « *l'obligation de conservation ne constitue pas exactement le moyen d'exécuter les obligations de restitution et de livraison ; elle en représente l'accessoire nécessaire pendant toute la durée qui précède la fin du rapport de droit, ce qui n'est pas exactement la même chose. Le moyen se situe dans une situation hiérarchiquement inférieure à la fin (position subordonnée), c'est la fin qui commande les moyens et ceux-ci n'ont pas d'existence indépendante de celle-là. L'accessoire, au contraire, découle du principal mais accède alors à une existence propre et indépendante de lui* », n°379.

régime hybride⁴⁴⁵. La théorie présentée a le mérite d'expliquer les présomptions de faute du détenteur admises par la jurisprudence⁴⁴⁶ lorsque la chose est perdue ou détériorée. Dans cette hypothèse, l'obligation de restitution prend les traits d'une obligation de moyens renforcée ou de résultat atténuée : ce n'est plus vraiment une obligation de résultat puisqu'il faut établir la faute du débiteur, mais ce n'est pas non plus une obligation de moyens car la charge de la preuve du fait exonératoire pèse sur le débiteur. La restitution apparaît comme étant « *dans la mouvance de l'obligation de conservation* »⁴⁴⁷, puisqu'elle suit son régime. La présence d'une obligation de conservation modifie le régime de la restitution.

Il peut être noté que la thèse de l'attraction ne rend pas compte de l'attitude de la jurisprudence en la matière. Le constat est plus radical, les deux obligations se trouvent alors imbriquées l'une dans l'autre⁴⁴⁸. Il ne s'agit, dès lors, pas d'une simple attraction du régime de la restitution vers celui de conservation mais d'une véritable absorption⁴⁴⁹ de la première par la seconde. Ainsi, à l'occasion d'une perte de la chose⁴⁵⁰, les juges recherchent la responsabilité du détenteur non pas sur le fondement de la restitution mais sur celui de la conservation⁴⁵¹. La situation se comprend : si la chose a été perdue, le débiteur ne peut la restituer, mais seul le champ de la conservation permet d'apprécier les circonstances de la perte de la chose et de la non-restitution. La solution proposée est, dès lors, en faveur du débiteur puisqu'il bénéficie de la possibilité d'invoquer des causes exonératoires. La restitution est ainsi totalement absorbée par la conservation⁴⁵², ce qui permet de délimiter clairement le champ d'application respectif des deux obligations.

⁴⁴⁵ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, préc., n°35 et s., spéc. n°47, « *l'obligation de restitution [...], par nature de résultat, est attirée vers le régime de l'obligation de moyens, parce que l'obligation de conservation est elle-même de moyens et que la conservation de la chose à restituer est une opération essentielle* ».

⁴⁴⁶ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, préc., « *de la combinaison des articles 1927 et 1933 du Code civil, il résulte que si le dépositaire est bien tenu d'une obligation de moyens, il lui appartient en cas de perte de la chose déposée, de prouver qu'il est étranger à cette détérioration, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins qu'il aurait apportés à la garde de la chose lui appartenant* » ; Adde, pour le prêt à usage Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1977, Bull. civ. I, n°4 ; RTD civ. 1977, p. 567, obs. G. CORNU ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1996, Bull. civ. I, n°68, Defrénois 1996, 1435, obs. A. BÉNABENT.

⁴⁴⁷ J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°21195.

⁴⁴⁸ S. BERNHEIM-DESVAUX, op. cit., n°77.

⁴⁴⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 1998, n°546-1.

⁴⁵⁰ Le cas d'une simple perte de la valeur de la chose ne pose pas de problème, seule la conservation est concernée.

⁴⁵¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, Bull. civ. I, n°143 ; Adde, la démonstration en ce sens de S. BERNHEIM-DESVAUX, op. cit., n°79 et 81.

⁴⁵² *Contra*, M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, préc., n°47.

87 - La délimitation claire entre restitution et conservation. En raison de l'absorption, la restitution est exclue du débat : dès lors qu'une perte ou une détérioration existe, seule la conservation doit s'appliquer. Le mauvais état de la chose lors de la restitution fait présumer la faute du débiteur dans la conservation, mais ne permet pas de conclure à une inexécution de l'obligation de restitution. Jointe à une obligation de conservation, la restitution n'a donc pas d'autonomie propre lorsqu'il s'agit de sanctionner la perte ou la détérioration de la chose. Cela semble confirmer l'idée selon laquelle l'emploi des termes "obligation de restitution" recouvre plusieurs réalités. Restituer en bon état est le fruit de la conjonction entre conservation et restitution mais revient à ne prendre en compte que la conservation. À l'opposé, la restitution "pure" ne peut être invoquée que dans les situations où la chose n'a pas subi de détérioration mais où le débiteur refuse de restituer ou a restitué tardivement⁴⁵³. L'absorption de la restitution par la conservation permet ainsi de mieux en cerner les contours.

Considérer que la restitution et la conservation ont chacune un champ d'application distinct permet également de dépasser le débat portant sur l'éventuelle hybridité du régime de l'obligation de restitution. Si, au moment de la restitution, la chose est détériorée ou perdue, cela laisse penser que la conservation n'a pas été correctement exécutée. De cette considération, la loi et la jurisprudence déduisent une présomption de faute dans la conservation de la part du débiteur. La présomption posée ne change pas l'intensité de l'obligation mais inverse seulement la charge de la preuve ; *« il s'agit donc d'une règle de preuve et non d'une règle de fond qui conduirait à alourdir le contenu des obligations »*⁴⁵⁴ du détenteur de la chose. Il n'est donc pas nécessaire de parler d'obligation de moyens renforcée ou d'obligation de résultat diminuée. Le renversement de la charge de la preuve n'influence en rien le contenu des obligations contractées par le débiteur. L'obligation de restitution, dépouillée de toute obligation de conservation, trouve donc une certaine forme d'unité. Unité de contenu, tout d'abord, puisqu'elle ne consiste que dans la remise de la chose au créancier, dans l'état où elle se trouve au terme du contrat. Unité de régime, ensuite, car elle doit toujours être considérée comme une obligation de

⁴⁵³ C. LARROUMET, obs. sous Reims, 28 juin 1976, D. 1978, IR., p. 207, qui considère que *« l'obligation de restituer ne concerne que l'obligation de remettre (ou son équivalent lorsqu'elle a disparu) au moment voulu. Lorsque la chose n'est pas remise, ou lorsqu'elle est remise en mauvaise état, c'est de l'inexécution de l'obligation de garde qu'il s'agit et non pas de celle de restituer »*.

⁴⁵⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n°974 ; Adde S. BERNHEIM-DESVAUX, op. cit., n°82 ; au-delà il est possible de voir ici une simple application de l'article 1315 al. 2 du Code civil. Celui-ci dispose, en effet, que *« celui qui se prétend libéré [d'une obligation], doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »*. Le débiteur de la conservation doit donc prouver qu'il n'a pas manqué à son obligation et ainsi renverser la présomption de faute.

résultat : le simple fait de refuser de restituer ou de restituer postérieurement à l'échéance prévue engage la responsabilité du débiteur et celui-ci ne peut s'exonérer qu'en prouvant le cas fortuit. Il est ainsi possible de découvrir une véritable unité fonctionnelle de l'obligation de restitution. De la même façon, l'étude de la cause de cette obligation permet d'en démontrer une unité de source. À la question "pourquoi le bien doit-il être restitué ?", la réponse est toujours la même : parce que la chose détenue n'appartient pas à la personne qui la détient. Malgré l'apparente naïveté de cette interrogation et la simplicité de la réponse apportée, il est possible d'en extraire un fondement commun à toute restitution.

B. L'unité dans la cause de l'obligation de restitution

88 - L'éventuel dépassement des distinctions classiques. L'obligation de restituer est la conséquence de l'absence d'effet translatif de propriété du contrat. Les contrats donnant naissance à une telle obligation ne confèrent qu'un pouvoir par nature précaire sur la chose. L'obligation a ainsi pour objet le recouvrement de l'ensemble des pouvoirs sur la chose pour le *tradens*. Dès lors, en matière de restitution issue d'un contrat emportant une remise temporaire du bien, la doctrine traditionnelle voit dans la remise de la chose la cause de l'obligation de restitution (1). Toutefois, envisager la restitution non comme un effet ultime du contrat, mais comme un retour naturel de la chose à son propriétaire (2), permet de lui découvrir une véritable unité causale dépassant même la distinction entre restitution normale et anormale.

1. L'analyse classique de la cause de la restitution

89 - La remise de la chose, cause de la restitution dans la catégorie des contrats réels. La cause de l'obligation de restitution est classiquement étudiée dans le cadre des développements consacrés aux contrats réels⁴⁵⁵. La doctrine

⁴⁵⁵ V. par ex. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 113 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°861 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La Formation du contrat*, op. cit., n°451 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°345 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007, n°308 ; J. ROCHFELD, Rep. Civ. V. Cause, n°24 ; Adde, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, n° 147, p. 467, il « est de simple bon sens qu'on ne saurait restituer une chose qui n'a pas été remise » ; *Avant-projet de réforme du droit*

s'accorde alors pour affirmer que c'est la remise de chose qui constitue la cause de l'obligation de l'*accipiens*. Il est donc classiquement admis que « *la notion de contrat réel a pour corollaire que la cause de l'obligation de restituer est la chose prêtée* »⁴⁵⁶. Dans ces contrats, la cause de l'obligation de l'emprunteur est donc confondue avec l'élément permettant leur création⁴⁵⁷. De fait, la non remise de la chose prive l'obligation de restitution de cause mais empêche également la formation du contrat. Les conséquences du principe selon lequel la cause de l'obligation de restitution dans les contrats réels est la remise de la chose sont nombreuses, notamment en matière de prêt, et plus spécifiquement dans les opérations de crédit. Dans ces hypothèses, le crédit est conclu afin de financer une autre opération⁴⁵⁸. Or, si cette seconde opération est annulée ou résolue, cet événement est sans conséquence sur le contrat de crédit conclu précédemment, puisque la seconde opération n'est pas considérée comme étant la cause de la première⁴⁵⁹. Le législateur a « *néanmoins brisé ce cloisonnement pour certains prêts* »⁴⁶⁰. L'article 9 aliéna 2 de la loi du 10 janvier 1978⁴⁶¹, en matière de crédit mobilier, et l'article 9 de la loi du 13 juillet 1979⁴⁶², en matière de crédit immobilier, prévoient, en effet, que le contrat de prêt « *est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement*

des obligations et de la prescription, Art. 1125-1 : « *L'engagement de restituer une chose ou une somme d'argent a pour cause la remise de la chose ou des fonds à celui qui s'oblige* ».

⁴⁵⁶ J. SAINTE-ROSE, *Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel*, JCP 2000, II, 10296, p. 753 ; Adde, Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999, « *Attendu que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés* », Bull. civ. I, n°55 ; D. 1999, IR., p. 76 ; Cass. com. 9 avril 2002, Inédit, n° de pourvoi 97-13093

⁴⁵⁷ Cette considération a permis à PLANIOL de corroborer sa critique de la notion de cause, l'auteur affirme en effet que « *l'obligation de l'emprunteur, du dépositaire, du gagiste, a pour cause la prestation qu'il a reçue. On ne s'aperçoit pas que ce qu'on appelle "cause de l'obligation" n'est autre que le fait générateur de l'obligation. Si on peut l'appeler "causa obligationis", c'est en prenant le "causa" dans le sens de source productrice d'obligations, qui est un sens tout à fait différent de celui que lui donnent les modernes dans la théorie de la cause. Dire que la prestation reçue est la cause de l'obligation, c'est jouer sur le double sens du mot "causa"* », M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., n°1038.

⁴⁵⁸ V. par ex. R. ROUTIER, *Les prêts liés : dans le dédale des solutions*, RLDA 2008, n°31.

⁴⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1974, « *la cause de l'acquisition [réside] dans la mise à disposition des fonds nécessaires à l'acquisition qu'il avait effectuée* », Bull. civ. I, n°311 ; JCP 1975, II, 18109, note J. CALAIS-AULOY ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1994, Inédit, n° de pourvoi 92-21317 ; Defrénois 1995, p. 1040, obs. D. MAZEAUD. Pour une application au contrat de dépôt, V. Cass. com. 30 janvier 2001, Bull. civ. IV, n°26, D. 2001, AJ. 1238, obs. X. DELPECH ; Adde, Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, op. cit., n°308 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°345. Pour une critique de cette situation et militant pour la reconnaissance de l'opération projetée comme cause du prêt, V. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, op. cit., n°347 et s ; Rapp. S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels: L'anéantissement en cascade des contrats*, Defrénois 2002, p. 355 ; C. AUBERT de VINCELLES, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983.

⁴⁶⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°345

⁴⁶¹ Art. L. 311-21 al. 1^{er} C. consom.

⁴⁶² Art. L. 312-2 C. consom.

résolu ou annulé », et que l'offre de prêt est « *toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non conclusion [...] du contrat pour lequel le prêt est demandé* ». Toutefois, la jurisprudence n'a pas étendu l'effet de ces dispositions à tous les contrats de prêt⁴⁶³. Le seul infléchissement notable en la matière se situe dans la "déréalisation" du prêt consenti par un professionnel du crédit⁴⁶⁴.

90 - L'obligation de remise, cause de l'obligation ? Les errements de la jurisprudence. Dans les contrats consensuels un raisonnement similaire à celui développé pour les contrats réels peut être mené. La cause de l'obligation de restitution semble également être la remise de la chose. Comme le notent certains auteurs, « *le contrat de louage n'est pas considéré comme un contrat réel, il est consensuel. Or, il est évident que si le bailleur ne remet pas au locataire la chose, objet du bail, ce dernier n'a pas à la restituer* »⁴⁶⁵. Néanmoins, la solution ne prévaut pas nécessairement. Par un arrêt rendu le 5 juillet 2006, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait semblé consacrer une nouvelle conception de la cause dans le prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit et donc de nature consensuelle⁴⁶⁶. Le principe retenu paraissait accorder une place importante à la cause du contrat, cause subjective, permettant de tenir compte des mobiles ayant conduit l'emprunteur à s'engager. À la suite de cette jurisprudence, il était possible de considérer que l'obligation de restitution n'était pas la contrepartie de la remise de la chose mais, celle de l'utilité attendue de l'opération. Or, selon certains commentateurs, cette subjectivisation de la cause dans le prêt consensuel était à déplorer en ce qu'elle aurait permis à « *tout emprunteur [de] soutenir que le prêt n'a pas correspondu à son attente, par exemple parce qu'il n'a pas reçu l'affectation envisagée ou parce qu'il n'a pas bénéficié à l'emprunteur* »⁴⁶⁷.

Aussi, répondant aux critiques de la doctrine, la Cour de cassation a-t-elle semblé revenir à plus de classicisme par deux arrêts rendus par la première Chambre civile le 19 juin 2008⁴⁶⁸. Dans la première affaire, la Cour affirme que « *le prêt*

⁴⁶³ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999, préc.

⁴⁶⁴ Civ. 1^{ère} 28 mars 2000, préc. Cette jurisprudence est aujourd'hui bien établie, et confirmée par la Cour de cassation, V. par ex. Cass. com. 7 avril 2009, Bull. civ. IV, n° 54 ; sur ce point V. *Supra* n° 74.

⁴⁶⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations – Contrat, op. cit.*, n°219.

⁴⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2006, Bull. civ. I, n°358 ; D. 2007, p. 50, note J. GHESTIN ; D. 2007, p. 759, obs. D.-R. MARTIN ; RTD com. 2006, p. 887, obs. D. LEGEAIS.

⁴⁶⁷ D. LEGEAIS, obs. préc.

⁴⁶⁸ Première espèce, Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, Bull. civ. I, n°174 ; D. 2008, AJ. 1825, obs. X. DELPECH ; JCP. éd. E. 2008, 1964, note D. LEGEAIS ; JCP 2008, II, 10150, note A. CONSTANTIN ; Y.-M. LAITHIER, RDC 2008, p. 1129 ; RDC 2009, p. 188, note P. PUIG ; seconde espèce, Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, Bull. civ. I, n°175, D. 2008, AJ. 1827, obs. X. DELPECH ;

consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause ». L'obligation de restitution serait dès lors causée par l'obligation du prêteur, c'est-à-dire l'obligation de remise des fonds. Qu'elle soit considérée comme un élément de formation du contrat ou comme une obligation, la remise de la chose serait toujours la cause de l'obligation de restitution. La formulation de l'attendu laisse toutefois penser que la solution n'est pas si simple. La Cour lie, en effet, l'absence de "réalisme" du prêt au fait que la cause de l'obligation de restitution se trouve dans l'obligation du prêteur. Il peut être déduit de cette précision, que « *l'obligation souscrite par le prêteur* » ne se réduit pas à la seule remise de la chose. De même, comme le note un commentateur de l'arrêt, la précision apportée par la première Chambre civile, « *selon laquelle "l'existence, comme l'exactitude" de la cause ainsi définie "doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat" n'a plus de sens en l'espèce si cette cause se confond totalement avec la remise des fonds par le prêteur* »⁴⁶⁹. Si la Cour avait eu pour intention de confirmer la solution traditionnelle, « *il aurait été simple pour [elle] de répondre en affirmant que la cause du prêt est la remise des fonds* »⁴⁷⁰. Malgré les critiques suscitées par ces deux arrêts, il semble que selon la Cour de cassation, la cause de l'obligation de restitution soit toujours la remise de la chose. Dans la première affaire, après avoir rappelé que la cause de l'obligation de l'emprunteur est l'obligation du prêteur, elle prend, en effet, le soin de préciser que la Cour d'appel avait constaté que « *les sommes prêtées avaient été remises entre les mains* » des emprunteurs. Si la formulation aurait pu être plus claire, elle ne semble toutefois pas viser autre chose que la remise. Celle-ci ayant été constatée par les juges du fond, l'obligation des emprunteurs avait bien une cause. Seule la façon dont cette remise est saisie par le droit change en fonction de la nature du contrat. Dans un contrat réel, ce n'est qu'un fait purement matériel qui permet la formation du contrat ; dans un contrat consensuel, elle est l'objet d'une obligation⁴⁷¹. Juridiquement, les effets diffèrent, mais matériellement la finalité est la même.

RDC 2009, p. 183, note P. PUIG ; pour un commentaire groupé des deux arrêts, F. CHÉNEDÉ, D. 2008, p. 2555 ; É. SAVAUX, Defrénois 15 octobre 2008, n°17, p. 1967.

⁴⁶⁹ A. CONSTANTIN, note préc. L'auteur explique la solution par référence à la conception de la cause comme « *la contrepartie convenue* » proposée par J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n°125 et s. et spéc. n°586 et 590 pour une application au prêt. Cette analyse tend à faire pénétrer dans la cause du contrat de prêt, un part de subjectivisme « *que sont les motifs déterminants des parties, dès lors que ceux-ci ont bien été intégrés dans le champ contractuel par un accord exprès ou tacite des contractants* ».

⁴⁷⁰ D. LEGAIS, *La cause du contrat de prêt est le profit attendu par l'emprunteur*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2006, préc.

⁴⁷¹ En ce sens, D. CHEMIN-BOMBEN, RLDA 2008, n°30, p. 42 ; Comp. F. CHÉNEDÉ, préc., qui voit dans ces arrêts la consécration de l'obligation de mise à disposition pour le prêteur. Sur ce point, V. *Infra*, n° 186 et s.

Analysée comme une obligation ou comme un élément de formation du contrat, la remise de la chose semble devoir être considérée comme étant toujours la cause de l'obligation de restitution. Les différentes critiques adressées à cette solution permettent de proposer une analyse alternative et unitaire sans référence à la nature consensuelle ou réelle du contrat, basée uniquement sur la puissance de la chose.

2. La présentation renouvelée de la cause de l'obligation de restitution

91 - L'origine de la proposition, l'emprise de la chose sur la personne chez MAUSS. Marcel MAUSS a démontré que le principe de la restitution pouvait être originellement analysé comme fondé sur une idée de culpabilité, « *le seul fait d'avoir la chose met l'accipiens dans un état incertain de quasi-culpabilité, d'infériorité spirituelle, d'inégalité morale (...) vis-à-vis du livreur* »⁴⁷². La thèse est intéressante en ce qu'elle inverse le rapport traditionnel entre la chose et la personne qui exerce un pouvoir sur elle. Dans cette conception, ce n'est pas l'individu qui possède la chose mais « *l'individu possédé par la chose* »⁴⁷³. La proposition a pour origine une double constatation, lexicale d'abord, ethnologique ensuite. Le contractant est avant tout un *reus*⁴⁷⁴, c'est-à-dire la personne qui a reçu la chose d'autrui, et devient de ce fait, le *reus* de son cocontractant. Le lien entre les deux partenaires se crée par la chose, c'est donc « *l'individu qui (...) est lié par la chose elle-même, c'est-à-dire par son esprit* »⁴⁷⁵. Anthropologiquement, MAUSS démontre également que dans les sociétés de type "archaïque", où le concept d'obligation n'est pas précisément développé, les choses ont un véritable pouvoir, une « *âme* »⁴⁷⁶. Partant, lorsqu'une personne transmet son bien à un contractant, il transmet la chose mais également une part de lui-même. Cette transmission, même lorsqu'elle est consentie à titre définitif et gratuit comme dans le cadre d'un don, oblige, l'accipiens à retransmettre un bien lui

⁴⁷² M. MAUSS, *Essai sur le don*, Quadrige, PUF, réimpr. 2008, p. 190 ; E. GAVIN-MILLAN, *Etude anthropologique de la tradition dans les contrats réels*, RRJ. 1996, n°4, p. 1141.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Selon *Le grand Gaffiot, Dictionnaire Latin – Français, op. cit.*, V° *Reus*, ce terme est susceptible de diverses traductions dont « *partie en cause au procès* », « *celui qui doit une chose* », ou enfin, « *coupable* ». Quant à l'étymologie du terme *reus*, MAUSS, cite HIRN, *Indo-germ. Forsch.*, XIV, p. 131.

⁴⁷⁵ M. MAUSS, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷⁶ M. MAUSS, *op. cit.*, p. 82 et s. L'analyse proposée par MAUSS, n'est pas exempte de tout reproche, et à ce titre a été critiquée, C. LÉVI-STRAUSS, a pu, en effet reprocher à l'auteur de s'être laissé « *mystifier* » par l'informateur indigène lui ayant expliqué l'« *âme des choses* », C. LÉVI-STRAUSS, *Introduction à l'œuvre de Marcel MAUSS*, in M. MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, IX-LII.

appartenant à son *tradens*. Il est en effet tenu non pas par rapport à son contractant – qui en soi, ne demande rien en retour – mais par la chose. La restitution, suivant cette théorie, trouve sa justification dans l'esprit de la chose, également appelé « *hau* ». Au-delà de cette probable parenté entre le « *hau* » et la restitution, certains commentateurs de l'ouvrage de MAUSS ont tenté de redéfinir ce concept et le rapprochent de la notion d'intérêt, au sens de prêt à intérêt ou de contrepartie⁴⁷⁷. La logique même de la restitution – le contre-don – se trouve donc dans la chose elle-même.

Le but recherché n'est pas d'appliquer le système décrit par MAUSS en droit positif, et d'affirmer que les choses ont une « âme »⁴⁷⁸ ; toutefois, l'idée selon laquelle il peut se dégager de la chose une certaine force peut être invoquée afin de déterminer la cause de la restitution, indépendamment de la qualification du contrat lui servant de source.

92 - La proposition : la restitution causée par la chose. En considérant que la remise de la chose, obligation du prêteur dans un prêt consensuel, est la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur, force est de constater une contradiction. Puisque le contrat est synallagmatique, la cause de l'obligation de l'une des parties est l'objet de l'obligation de l'autre⁴⁷⁹. Or, dans cette conception, la cause de l'obligation du prêteur est l'obligation de restitution. Le prêteur ne prêterait que dans le but de se voir restituer le bien. Comme le note un auteur, « *c'est là une vue tautologique du prêt, qui en dissout radicalement la singularité : pour être sûr de retrouver ses fonds – à supposer que cela fût la seule préoccupation du prêteur –, il lui suffirait de ne pas les prêter* »⁴⁸⁰. Si une personne remet une chose à son contractant ce n'est pas dans le seul objectif de constater « *le seul aller-retour de la chose* »⁴⁸¹. La cause de

⁴⁷⁷ F. WEBER, *Vers une ethnographie des prestations sans marché*, préface in M. MAUSS, *op. cit.*, p. 32, l'auteur s'inspire notamment des travaux de M. SAHLINS, *Âge de pierre, âge d'abondance*, Paris, 1972, Gallimard, qui rapproche le « *hau* » de l'intérêt, et A. TESTART, *Critique du don. Études sur la circulation non marchande*, Paris, 2007, Syllepse, qui développe la notion de contrepartie.

⁴⁷⁸ V. toutefois, J. CARBONNIER, *Les choses inanimées ont-elles une âme ?*, in *Anthropologies juridiques, Mélanges Pierre Braun*, cahiers de l'institut d'anthropologie juridique, PULIM, 1998, p. 135 et s.

⁴⁷⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, T.II, 5^e éd., 1895, Paris, Larose, n°846 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, *op. cit.*, n°346.

⁴⁸⁰ R. LIBCHABER, *Pour les contrats réels, quand même !*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2001, Defrénois 2002, n°4, p. 259 ; Adde, É. SAVAUX, obs. préc., « *l'emprunteur ne s'engage pas à rendre pour recevoir, pas plus que le prêteur ne s'oblige à remettre pour récupérer ultérieurement. L'emprunteur est tenu de restituer parce qu'il a reçu une chose qui ne lui appartient pas, en exécution du contrat, de même que le prêteur la remet parce qu'il en a accordé la jouissance temporaire à autrui* ».

⁴⁸¹ R. LIBCHABER, préc.

l'obligation du *tradens* se trouve toujours ailleurs, dans la contrepartie qu'il souhaite obtenir. Ainsi, le bailleur loue son bien, et donc le remet pour percevoir un loyer, le prêteur de deniers, pour obtenir un intérêt, et le dépositaire perçoit la chose afin d'obtenir un salaire. Il est même possible d'affirmer que lorsque la remise s'opère à titre gratuit, la cause se trouve dans l'intention libérale. Dès lors, si l'objet de l'obligation du *tradens*, remettre la chose, n'a pas pour cause la restitution, cette dernière n'aurait pas pour cause la remise de la chose. Par conséquent, la restitution n'apparaît pas comme une obligation « *substantiellement voulue par les parties* »⁴⁸². Celle-ci ne serait que la conséquence du fait que la chose n'appartient pas à l'*accipiens*, un effet « *mécanique de la détention d'une chose par une partie qui n'y a contractuellement plus droit* »⁴⁸³. La restitution ne serait pas l'obtention d'une certaine satisfaction pour le *tradens*, mais une prédisposition naturelle de la propriété à se reconstituer, « *l'obligation de restituer se détache par sa force propre du reste du contrat, comme si la res était chargée d'une sorte de potentiel de retour à sa source* »⁴⁸⁴. La cause de l'obligation de restitution peut ainsi être découverte dans la chose elle-même, et serait le fruit de son pouvoir, ou de sa force, face auxquelles la volonté n'est pas prise en compte. Suivant cette analyse, il est possible d'affirmer que la restitution est une obligation qui ne naît pas véritablement par la remise de la chose, mais de la chose elle-même. Elle naît donc *re*.

Une jurisprudence constante de la Cour de cassation permet de confirmer l'analyse. Elle affirme en effet traditionnellement que les sûretés consenties pour garantir l'obligation de restitution se maintiennent malgré l'annulation du contrat et viennent alors garantir les restitutions consécutives à l'annulation⁴⁸⁵. Ainsi, par exemple, les juges ont pu affirmer que « *l'obligation de restituer inhérente à un contrat de prêt annulé demeurant tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'hypothèque en considération de*

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 2, Les biens, les obligations, op. cit.*, n°1007, p. 2074 ; Rapp. E. GOUNOT, *op. cit.*, , « *l'obligation de rendre ne repose pas sur la volonté de l'obligé, mais sur ce fait qu'il détient un élément du patrimoine d'autrui et qu'en conséquence il doit le rendre* », p. 239 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, T. 2, op. cit.*, n°996, p. 332, « *l'obligation de rendre qui pèse sur le dépositaire, l'emprunteur et le gagiste n'est pas véritablement une obligation conventionnelle ; elle naît ex re, c'est-à-dire du fait de la possession de la chose d'autrui, et elle prendrait également naissance si cette chose était venue aux mains de son détenteur actuel sans le fait de son propriétaire. Elle préexiste logiquement au contrat, et les parties n'ont pas besoin de la créer ; elle n'est autre chose que l'obligation légale de rendre la chose d'autrui que sanctionne la revendication* ».

⁴⁸⁵ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, Bull. civ. I, n°253, Revue de droit immobilier 2003, n°1, p. 23, obs. G. LEGUAY ; Cass. com. 3 octobre 2006, Bull. civ. IV, n°203, Droit des sociétés 2006, n°12, p. 40, note F.-X. LUCAS.

laquelle ce prêt a été consenti subsiste jusqu'à l'extinction de cette obligation »⁴⁸⁶. La solution se comprend ; l'obligation de restitution issue de l'annulation du contrat n'est guère différente de celle issue du contrat : le débiteur doit restituer parce qu'il a toujours la chose entre ses mains⁴⁸⁷. Si l'obligation ne change pas, il est logique que la sûreté la garantissant subsiste à l'annulation du contrat. La sûreté garantit le retour de la chose à son propriétaire, aussi, tant que celle-ci n'a pas été restituée, elle demeure. C'est, en substance, ce que le doyen CARBONNIER affirmait en précisant que « *l'obligation de restituer les deniers prêtés résulte de leur seule présence matérielle en la possession de l'emprunteur et elle est distincte du contrat de prêt, fondé sur la volonté des parties et qui régit seulement les éléments extrinsèques à la res (l'échéance, le taux d'intérêt) ; aussi survit-elle au contrat s'il vient à être annulé ; et le cautionnement qui avait accompagné le prêt, caduc quant au contrat, continue de garantir la restitution* »⁴⁸⁸. Il est possible de cerner ici une certaine irréductibilité de la chose dans le rapport contractuel. Quel que soit le sort du contrat, la *res* et les obligations qui y sont relatives subsistent, tant que celle-ci n'a pas été restituée. La qualification en contrat consensuel ou réel n'entre pas en cause, l'obligation de restitution existe simplement car la chose est sous l'emprise de son détenteur.

L'analyse proposée suivant laquelle la cause de la restitution naît par la chose peut être rapprochée d'une théorie plus générale tendant à rapprocher la cause de l'objet. Suivant cette conception, la cause du Code civil viendrait du latin *causa*, terme qui est lui même utilisé dans les textes comme synonyme de *res*⁴⁸⁹. La thèse soutient que le sens actuel du terme "cause" est « *le résultat d'une pitoyable équivoque sur le sens de l'orthographe du mot cause* »⁴⁹⁰. L'auteur affirme ensuite qu'« *aujourd'hui c'est le mot chose qui doit remplacer le vieux mot emprunté au latin, et les règles sur la cause dans les obligations ne sont que la reproduction, en des termes différents et sans signification précise, des règles sur l'objet* »⁴⁹¹. La thèse est intéressante mais doit être rejetée. L'analyse étymologique de *causa* démontre, en effet, que si le terme est bien l'origine du mot "chose", ce mot désigne en son sens originel « *une réalité,*

⁴⁸⁶ Cass. civ. 3e, 5 novembre 2008, Bull. civ. III, n° 167; Defrénois 2008, p. 2513, note É. SAVAUX ; V. FORRAY, *Re contrahitur obligatio ? La survie de l'hypothèque au contrat de prêt annulé*, LPA 2 mai 2009, n° 94, p. 3 et s.

⁴⁸⁷ En ce sens, V. FORRAY, préc.

⁴⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 2, Les biens, les obligations, op. cit.*, n°1006.

⁴⁸⁹ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. VII, Pichon, 1894, n°83, « *causa est synonyme de res avec cette précision que causa désigne une prestation déjà effectuée ou antécédente, et res une prestation à effectuer ou subséquente* ».

⁴⁹⁰ T. HUC, *op. cit.*, n°76, p. 110.

⁴⁹¹ *Ibid.*

une affaire »⁴⁹² et non la chose au sens de « *ce qui existe de manière identifiable et isolable* »⁴⁹³. Il semble donc que l'assimilation entre la *causa* romaine et la cause en droit positif ne soit pas d'une pertinence étymologique irréprochable.

93 - Synthèse. La restitution participe de la nature de la chose : celle-ci, lorsque le contrat n'est pas translatif de propriété, doit toujours être restituée afin de reconstituer la pleine propriété du *tradens*. La volonté n'agit qu'indirectement sur la restitution, lorsque les parties décident de n'opérer une mutation de la chose qu'à titre temporaire. Dès lors, la restitution doit être analysée comme la manifestation d'une prédisposition de la chose à revenir à son propriétaire. La restitution est impérative du seul fait de la situation de la chose : celle-ci n'est pas entre les mains de son titulaire et doit donc y revenir. Ainsi, par exemple, lorsqu'au terme d'un prêt à usage, le prêteur exige le retour de son bien, il demande plus le respect de son droit de propriété que l'exécution d'une obligation. Cela ne signifie pas pour autant que ce dernier doit agir en revendication afin d'obtenir la restitution : il peut, en effet, se contenter de fournir le titre de la détention – le contrat – sans avoir à prouver sa propriété⁴⁹⁴. Le pouvoir de la chose se traduit juridiquement par l'idée selon laquelle un *accipiens* qui n'a plus vocation à conserver la chose doit la rendre.

94 - Conclusion de section : l'abandon de la remise, traduction d'une tendance du droit. La remise de la chose telle qu'appréhendée classiquement ne dispose guère d'une place importante en droit positif. Tout converge vers une réduction à outrance des différents rôles lui étant attribués. Son utilité en tant qu'élément participant de la formation du contrat est marginale. La qualification de contrat réel ne peut, en effet, être attribuée qu'à certaines opérations gratuites et désintéressées. La disparition progressive de ce type de contrat s'inscrit, en réalité, dans un mouvement plus large : celui de l'abandon de la remise en tant qu'opération produisant des effets de droit. La tendance se confirme d'ailleurs par l'étude de la cause de la restitution. Si au premier abord, la remise pourrait se voir confier ce rôle, l'analyse démontre qu'il n'en est rien. Seule la chose, ou plus précisément la situation

⁴⁹² M. VILLEY, *Préface historique*, APD, T. 24, *Les biens et les choses*, Sirey 1979, p. 6, l'auteur s'appuie sur la démonstration menée par Y. THOMAS, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Thèse, Paris II, 1976 ; Adde, pour une interprétation proche, reliant chose et « affaire plaidée au procès », G. ROMÉYER-DHERBEY, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, in APD, T. 24, préc., p. 127.

⁴⁹³ *Le grand Robert de la langue française*, 2^e éd., 1986, V^o chose.

⁴⁹⁴ En ce sens, V. par ex. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, T.II, *Les biens, Droits réels principaux*, op. cit., n°200 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n°173.

de la chose, est de nature à permettre d'éviter le recours à une vue tautologique des contrats de restitution.

Conclusion du Chapitre 1 : une remise privée de toute juridicité ? L'étude des effets réels attachés à la remise de la chose amène à lui nier la moindre efficience translatrice de propriété. Le pouvoir attaché à cette simple opération matérielle serait ainsi presque nul. Le dépassement de la conception romaniste du transfert de propriété a permis de faire prévaloir l'accord des volontés, fait purement intellectuel, sur la nécessité d'une remise. L'analyse se retrouve d'ailleurs aux différentes étapes du processus contractuel. Au stade de la formation du contrat l'efficacité de la remise de la chose est combattue, seul l'échange des consentements permet la création du lien de droit. Ce faible rayonnement juridique se confirme, enfin, lors de la liquidation du contrat, par le fait que lorsque celui-ci emporte une obligation de restitution, la remise ne saurait, en aucun cas, jouer le rôle de la cause de cette obligation.

La remise serait donc privée de toute juridicité. Au-delà des justifications techniques exposées, une justification empreinte de pragmatisme semble également s'imposer. Il serait plus « réaliste de dépouiller a priori le geste de toute juridicité. Un geste qui se reproduit chaque jour à des millions d'exemplaires pourrait-il être traité pleinement selon notre droit »⁴⁹⁵ ? Aveu d'impuissance du droit positif face à un geste sans cesse répété, l'absence d'effets juridiques attachés à la remise, prend alors tout son sens. Le droit ne pouvant rendre compte de ses potentialités, il préfère l'ignorer et lui nier tout effet. Assurément ce raisonnement est frustrant et se révèle même quelque peu paradoxal : alors que la remise innerve le droit des contrats, celui-ci la considère à peine comme un phénomène juridique. Une explication peut néanmoins être proposée. La remise n'est jamais envisagée en tant que notion, mais ne l'est qu'en contemplation de ses effets. Partant, il devient indispensable d'envisager la remise en tant que telle afin de mieux appréhender la réalité de cette notion transversale.

⁴⁹⁵ J. CARBONNIER, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 38.

CHAPITRE 2

LA CONCEPTION RENOUVELEE DE LA REMISE : UNE OPERATION ENVISAGEE EN TANT QUE NOTION

95 - La dualité naturelle du processus d'acquisition d'une chose. La délivrance est l'obligation fondamentale du vendeur. Celui-ci doit, afin que soit réalisée l'opération économique prévue par les parties, se dessaisir de la chose et permettre à l'acheteur de s'en saisir. Ce double mouvement, consistant en la renonciation au bien et l'acquisition qui peut en découler, n'est pas évident à cerner juridiquement. Aussi la doctrine estime-t-elle que le vendeur réalise son obligation de délivrance en mettant le bien à la disposition de l'acheteur. Le terme de mise à disposition n'est cependant que rarement approfondi et peine à trouver une existence propre en contemplation des opérations matérielles classiques portant sur un bien. Seule la finalité de cette opération est envisagée : elle doit permettre à l'acheteur de bénéficier de la chose. La mise à disposition renvoie à l'idée d'une transmission ; toutefois, la question se pose de savoir si cette opération permet, en elle-même, d'opérer la transmission, ou si elle doit être complétée par un acte lui répondant. Un élément de réponse semble apporté par un texte spécial du Code civil qui prévoit à l'article 1657 une obligation de retirement à la charge de l'acheteur. La transmission de la chose se traduirait par un mouvement de nature duale : la mise à disposition de la part du *tradens* à laquelle répondrait une acquisition de la part de l'*accipiens*. La théorie de la mutation des choses, telle que présentée, peut surprendre. Le Code ne prévoit, en effet, de retirement qu'en matière de vente d'effets mobiliers corporels et est muet quant à une éventuelle activité de l'*accipiens* dans les autres matières. Il apparaît néanmoins que l'acte consistant, de la part du bénéficiaire, à acquérir matériellement la chose, est naturel dans les contrats visant le transfert des biens. L'acte en question ne peut toujours consister en un déplacement de la chose vendue, mais peut prendre notamment les traits d'actes d'utilisation de cette chose, marquant la volonté d'acquérir une emprise sur celle-ci. Il semble également que c'est par cette opération que l'*accipiens* peut marquer son acceptation de la chose qui lui est

présentée. En l'enlevant, il accepte la mise à disposition qui lui est faite par le vendeur et décharge ce dernier de son obligation de délivrance.

Le processus emportant une remise de chose semble donc se diviser nécessairement en deux temps. Tout d'abord la mise à disposition du bien par le *tradens*, qui se distingue dès lors de la remise de la chose, par son caractère incomplet et impuissant à opérer, de son seul fait, la mutation du bien (Section 1). Ensuite, afin de finaliser l'opération, la mise à disposition doit être complétée par le déploiement d'une certaine activité de la part de l'acquéreur : l'enlèvement ou la prise de livraison (Section 2).

Section I

La délivrance, prémices de la notion de mise à disposition

96 - La délivrance, une notion ambiguë ? La signification du terme de "délivrance" n'est pas aussi claire qu'elle le paraît. Dans un sens commun, la délivrance est « l'action de délivrer », c'est-à-dire la libération⁴⁹⁶. Dans une seconde acception, ce terme renvoie à une idée d'affranchissement, d'allègement, de débarras⁴⁹⁷. Il est donc possible de cerner, dans le langage courant, un sens général proche de celui de l'idée d'abandon de quelque chose. Étymologiquement, le verbe "délivrer" a pour origine latine *deliberare*, issu lui-même de la contraction du préfixe *de*, qui marque la séparation⁴⁹⁸ et de *liberare*, « mettre en liberté »⁴⁹⁹. En droit, la délivrance a longtemps été assimilée à la tradition réelle. Le lien opéré entre les deux notions n'apparaît toutefois pas particulièrement judicieux. Si en remettant matériellement la chose, le *tradens* la délivre, puisqu'il libère le bien, cette remise n'est pas le seul moyen d'opérer une telle délivrance. La distinction entre délivrance et remise de la chose n'est pas nouvelle, GROTIUS déjà définissait la première en préférant l'emploi du terme « *extraditio* »⁵⁰⁰, à celui de *traditio*. Les concepts de délivrance et de remise de la chose peuvent donc, semble-t-il, être dissociés (§1). Tirant les conséquences de l'imperfection de l'assimilation de ces notions, la doctrine tend aujourd'hui à définir la délivrance comme la mise à disposition de la chose à l'acheteur. Délivrer ne consisterait pas à remettre, mais plutôt à mettre le bien à disposition. Au premier abord, la distinction entre mise à disposition et remise semble ténue. Toutefois, l'étude de la notion et son application à la délivrance permettent d'opérer clairement le départ entre ces différentes opérations matérielles (§2).

⁴⁹⁶ Le grand Robert de langue française, *op. cit.*, V° Délivrance.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ M. GREVISSE, *Le bon usage – grammaire française*, 13^e éd., par A. GOOSSE, Duculot, 2007, §172, 3°.

⁴⁹⁹ Le grand Robert de langue française, *op. cit.*, V° Délivrer.

⁵⁰⁰ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, Liv. II, Chap. VIII, § XXV.

§ 1. La dissociation entre délivrance et tradition réelle

97 - Les errances quant au contenu de la délivrance. L'article 1604 du Code civil définit la délivrance comme « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* » ; cette définition directement inspirée par DOMAT⁵⁰¹, apparaît aujourd'hui dépassée. La définition posée par le Code ne reflète pas, en effet, la réalité de la délivrance, qui n'est plus indispensable au transfert de la propriété. Puisque le transfert du droit s'opère, en principe, par l'effet du seul consentement des parties, la délivrance ne permet que « *d'aligner le fait sur le droit* »⁵⁰². Elle permet donc à l'acquéreur, non pas de lui faire avoir le droit, mais de lui permettre d'exercer une emprise matérielle sur le bien. Le droit romain dissociant mal le droit et l'exercice de fait de ce droit, la distinction entre propriété et possession était alors mal établie. Aussi, puisque le droit de propriété ne pouvait être acquis que par l'effet de la possession, une tradition réelle ou dématérialisée permettant l'acquisition de la possession était-elle indispensable. La situation est différente en droit positif, et à ce titre, il est douteux que la délivrance puisse encore être assimilée à une remise de la chose. Par ailleurs, le fait que la délivrance opère une mutation de la possession est également sujet à débat. La possession se caractérise avant tout par l'*animus* – l'intention de se comporter comme le titulaire du droit possédé – et non par le *corpus*. Il paraît ainsi improbable que le fait matériel de délivrance emporte un transfert de cette intention. Un double constat peut alors être mené quant à la délivrance : non seulement elle doit être dissociée de la remise de la chose et n'est pas, contrairement à la lettre du Code, un « *transport* » (A), mais plus encore, elle semble impuissante à transférer la possession (B).

A. Le refus d'une absorption de la délivrance par la remise de la chose

98 - Le rejet de certaines assimilations. Si la délivrance pouvait, avant le Code civil, être considérée comme une tradition réelle ou dématérialisée, il semble qu'aujourd'hui les notions ne doivent plus être assimilées. La tradition réelle n'apparaît

⁵⁰¹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., « *La délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en la puissance et la possession* », livre I, Titre II, section II, V.

⁵⁰² M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972, n°1.

plus seule capable de rendre compte de la réalité de la délivrance. Si celle-ci peut parfaitement s'exécuter par une remise⁵⁰³, cela ne signifie pas nécessairement que seule la tradition est admise (1). L'image d'une remise de la chose comme modèle de délivrance est toutefois prégnante dans la doctrine. Cette assimilation, regrettable mais favorisée par le caractère flou des textes du Code civil, conduit certains auteurs à confondre la délivrance et certaines obligations portant sur la mutation d'une chose (2).

1. La remise de la chose envisagée classiquement, espèce d'un genre plus large

99 - L'origine du refus de l'assimilation de la remise et de la délivrance : le principe de la quérabilité des dettes. Directement inspiré de la doctrine de POTHIER⁵⁰⁴, l'article 1247 alinéa 3 du Code civil pose le principe de la quérabilité des dettes. Il dispose que si la dette est un corps certain, le paiement doit être fait au lieu où se trouvait la chose. Dans les autres cas, sauf convention contraire des parties ou cas spécifique, « *le paiement doit être fait au domicile du débiteur* »⁵⁰⁵. L'adage est classique, *les dettes sont quérables et non portables*. Ainsi, en cas de silence de la convention quant au lieu du paiement, celui-ci doit être fait au domicile du débiteur⁵⁰⁶. Cette règle semble être une application spécifique de l'article 1162 du Code civil selon lequel les conventions s'interprètent en faveur du débiteur et non du créancier⁵⁰⁷. Il est, en effet, de l'intérêt du débiteur de ne pas être obligé de se

⁵⁰³ Le terme "remise" est ici employé au sens classique, il n'est donc envisagé que comme une activité matérielle à la charge du seul *tradens*, consistant à mettre l'*accipiens* en possession.

⁵⁰⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres*, T.II, *Traité des obligations et de la prestation des fautes*, par M. BUGNET, n°548, p. 289, « *lorsque par la convention il y a un lieu convenu où le paiement doit se faire, il doit être fait en ce lieu. S'il n'y a aucun lieu désigné, et que la dette soit un corps certain, le paiement doit se faire au lieu où est la chose* ».

⁵⁰⁵ Le principe est repris par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Art. 1226-1. Il peut toutefois être noté que le caractère quérable des dettes est parfois tempéré en matière internationale, ainsi par exemple l'article 6.1.6 des Principes Unidroit, opère une distinction entre les dettes d'argent qui sont portables, et les autres obligations qui sont quérables. Il est également admis que, parfois, les juges du fond peuvent déduire de la cause que le débiteur a renoncé à se prévaloir du caractère quérable de la dette, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1961, Bull. civ. I, n° 62.

⁵⁰⁶ La Cour de cassation a pu préciser qu'il s'agit du domicile du débiteur au jour du paiement et non au jour du contrat, Cass. civ., 9 juillet 1895, DP 1896, 1, p. 349 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, pan. p. 107.

⁵⁰⁷ Art. 1162 C. civ., « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

déplacer et de transporter la chose due à ses frais⁵⁰⁸. Le principe décrit est également une manifestation du pragmatisme des codificateurs : certaines choses ne peuvent être déplacées, dès lors, c'est à l'*accipiens* de s'en saisir. Ainsi, le législateur, en prévoyant cette disposition « *avait en vue le cas où l'objet de l'obligation est une chose qui, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances, doit être considérée comme destinée à demeurer dans le lieu où le contrat est passé* »⁵⁰⁹. La portée de l'article 1247 du Code civil dépasse le seul lieu du paiement. Comme le note un auteur, la différence opérée entre dette quérable et portable « *traduit une opposition quant à l'initiative des opérations de paiement* »⁵¹⁰. Il est donc admis que c'est au créancier de préserver ses intérêts ; aussi, puisque la dette est quérable et non portable, le créancier ne peut-il poursuivre ou mettre en demeure son débiteur s'il ne lui a pas demandé le paiement⁵¹¹. De même, le débiteur ne doit d'intérêts de retard qu'à partir du jour où il a été mis en demeure. Enfin, la jurisprudence affirme que lorsque le prix à payer doit être indexé et emporte la réalisation d'un calcul, si la dette est quérable, c'est au créancier d'opérer cette opération pour réclamer le montant de la dette⁵¹².

Ce principe issu de la théorie générale des obligations est, semble-t-il, transposable au cas plus précis de la délivrance. Il apparaît que si la dette du *tradens* – la délivrance – n'est pas portable, mais quérable, ce dernier n'a pas à faire parvenir la chose chez l'*accipiens*, ni à la lui remettre matériellement. Le contenu de son obligation est autre, il ne constitue pas une obligation de remise au sens classique du terme. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat de vente, la chose n'a pas à être portée chez l'acheteur, c'est à lui, sauf disposition contraire, de venir la quérir. Le vendeur n'a donc pas à transporter la chose chez l'acheteur, au contraire, c'est bien à

⁵⁰⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXVI, *Traité des contrats*, T. IV, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1881, n°267.

⁵⁰⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XII, *Des obligations*, T. II, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2^e éd., 1902, n°1504.

⁵¹⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, Domat, Montchrestien, 10^e éd., 2005, n°800, p. 555.

⁵¹¹ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 23 octobre 1979, Bull. civ. III, n°183, D. 1980, IR, n° 18.

⁵¹² CA Paris, 23 mai 1980, l'indexation d'une pension « *n'emporte pas par elle-même, obligation pour le débiteur de procéder lui-même au calcul du montant de la revalorisation (...). Mais considérant que les pensions alimentaires sont portables ; (...) il s'ensuit que le débiteur est tenu, non seulement de verser la pension au domicile du créancier, mais encore de procéder lui-même au calcul du montant de ce qu'il doit* », pour une analyse favorable à cette décision, V. J. MASSIP, D. 1980, p. 532 ; pour une analyse plus critique V. R. PERROT, RTD civ. 1981, p. 910, *Adde*, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n°1087 qui qualifient cette solution de « *conséquence inattendue, inexacte* ».

l'acheteur de venir retirer la chose⁵¹³. C'est en substance le principe posé par l'article 1609 du Code civil qui dispose que « *la délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu* »⁵¹⁴. Affirmer que le vendeur n'est pas tenu par une obligation contractuelle de remettre matériellement la chose, ne signifie pas pour autant qu'il est dispensé de son obligation de délivrance. Cela signifie seulement que la délivrance n'est pas une remise de la chose ; le seul fait de laisser l'acheteur prendre la chose où elle se trouve suffisant à exécuter cette obligation⁵¹⁵. La délivrance n'intervient donc « *que lorsque l'acheteur se présente pour enlever et faire enlever la chose* »⁵¹⁶.

100 - La tradition réelle n'est qu'un mode d'exécution de la délivrance.

Si la tradition n'est pas indispensable pour opérer la délivrance, il n'est pas exclu qu'elle puisse se réaliser de la sorte. Un vendeur peut parfaitement se libérer en opérant la tradition réelle de la chose vendue. Il semble simplement que son obligation n'est pas aussi étendue. Le seul fait de laisser prendre la chose est suffisant⁵¹⁷, l'objet de l'obligation du débiteur de la délivrance semble être le dessaisissement de son bien. En ce sens, à la question " *en quoi consiste la délivrance ?*", certains auteurs peuvent répondre « *ne pas empêcher l'acheteur de retirer* »⁵¹⁸. Dès lors, il semble que la conception issue des écrits de DOMAT, encore soutenue par certains auteurs⁵¹⁹, assimilant délivrance et tradition, doit être

⁵¹³ En ce sens, V. par ex., L. BIHL, *Le droit de la vente*, Dalloz, 1986, n°454 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°300 ; G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, in 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, n°19 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, op. cit., p. 31, n°4 ; sur l'importance du retirement et plus généralement de l'enlèvement, V. *Infra* n° 122 et s.

⁵¹⁴ Pour une application de cette règle V. par ex. Cass. com., 4 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 204 ; D. 1992, somm. p. 200, obs. G. PAISANT.

⁵¹⁵ À ce titre l'article 1717 du Code civil du Québec rend parfaitement compte de ce qu'est la délivrance, il affirme en effet que « *L'obligation de délivrer le bien est remplie lorsque le vendeur met l'acheteur en possession du bien ou consent à ce qu'il en prenne possession, tous obstacles étant écartés* », (nous soulignons) ; Rappr. DCFR art. IV-A.-2 :201 : « *the seller fulfils the obligation to deliver by making the goods (...) available to the buyer* ».

⁵¹⁶ G. BLANLUET, préc., n°19.

⁵¹⁷ Un arrêt souvent cité précise que la mise du bien vendu en entrepôt de douane ne suffit pas, Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 1978, Bull. civ. I, n°325 ; JCP 1980, II, 19305, note J.H. ; D. 1979. 20 ; RTD civ. 1979, p. 808, obs. G. CORNU, toutefois, A. BÉNABENT, *Droit civil – les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°184, note 96, estime que « *l'arrêt s'explique peut-être parce qu'il s'agissait d'une automobile vendue à un particulier : pour des marchandises importées, il semble au contraire que cette remise soit suffisante dès lors que sont transmis à l'acheteur les documents permettant l'enlèvement* ».

⁵¹⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°182.

⁵¹⁹ V. par ex. A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. VII, Paris, E. Plon et cie, 2e éd. par E. COLMET de SANTERRE, 1887, n°33 « *la délivrance due par le vendeur doit consister dans la remise pleine et entière de la chose au pouvoir de l'acheteur, de manière que le vendeur ne*

abandonnée. La tradition peut être un mode de délivrance, mais la délivrance ne se réduit pas à la tradition. Dans un contrat de vente, le *tradens* exécute son obligation de délivrance en laissant prendre la chose à l'*accipiens*, mais cela ne l'empêche pas de lui remettre matériellement le bien. Différents types de traditions sont d'ailleurs prévus comme des modes d'exécution de l'obligation de délivrance par le Code civil. Ainsi par exemple, l'article 1606, en matière d'effets mobiliers, prévoit, que la délivrance peut s'exécuter soit par la « *remise de la chose* »⁵²⁰ ; soit par la tradition symbolique matérialisée par « *la remise des clefs des bâtiments* »⁵²¹ qui contiennent ces biens ; soit, enfin, par le recours à la tradition *brevi manu*, si l'acheteur a déjà la détention précaire de la chose, ou si les parties conviennent que le vendeur en conservera la détention⁵²². Dans cette dernière hypothèse, la remise est purement dématérialisée, l'exécution de la délivrance se réalise par le seul consentement des parties et se manifeste par une interversion du titre de la possession⁵²³.

se réserve aucun moyen d'exercer ou de faire valoir pour son propre compte le droit qu'il a conféré à l'acheteur, et que celui-ci acquière la possession à titre de propriétaire » ; E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, op. cit., p. 347, le contrat « ne peut opérer le transfert de fait de la possession. Il faudra une remise matérielle » ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Traité de droit commercial, T. III, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1906, n°107 ; Plus récemment V. F. DANOS, Propriété, possession et opposabilité, préface L. AYNÈS, Economica, coll. Recherches juridiques, 2007, n°378.

⁵²⁰ Art. 1606 al. 2 C. civ. ; la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 a substitué l'expression « *remise de la chose* » à celle de « *tradition réelle* ».

⁵²¹ Art. 1606 al. 3 C. civ. Il est possible de noter ici que certains auteurs estiment qu'il ne s'agit pas d'une tradition symbolique ou feinte dans son sens romain, « *dans notre droit actuel, la délivrance consiste, non dans un simulacre, mais dans une réalité, et elle se fait par les moyens qui sont de nature à permettre à l'acheteur d'exercer sur la chose vendue les droits que le contrat lui a conférés. Elle ne consiste pas toujours dans la remise matérielle de la chose vendue ; mais elle doit toujours consister dans le moyen de mettre cette chose en la puissance et possession de l'acheteur* », G. BAUDRY-LACANTINERIE, Traité théorique et pratique de droit civil, T. XVII, De la vente et de l'échange, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, n°288.

⁵²² Art. 1606 al. 4 C. civ., pour une explication du principe de la tradition "de brève main", V. *Supra*, n° 17

⁵²³ M. ALTER, op. cit., p. 34, n°7, « *cette interversion qui fait que l'acquéreur détient désormais en maître constitue la remise caractéristique de la délivrance : elle met l'objet vendu à sa disposition puisque le vendeur a renoncé à réclamer la possession, il a la chose en sa main et en son pouvoir* ». L'effectivité de la remise par le consentement est toutefois débattue. Ainsi, selon certains auteurs, la tradition de brève main n'a pas des effets aussi importants que la tradition réelle, puisque si le vendeur n'ayant pas encore délivré, vend et transmet la chose à un autre acheteur, c'est ce dernier qui sera préféré en application de l'article 1141 du Code civil, en ce sens V. par ex., F. LAURENT, Principes de droit civil, T. 24, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1878, n°164 ; L. GUILLOUARD, Traité de la vente et de l'échange, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 2^e éd., 1890, n°212 ; A. DURANTON, Cours de droit français suivant le Code civil, T. XVI, Thorel et Guilbert, 4^e éd., 1844, n°191. Afin de pallier les difficultés suscitées par la délivrance par le seul consentement, C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, T. V, Marchal et Billard, 5^e éd., 1907, §354 n. 8, estiment qu'« *il faut pour l'application de cette règle, qu'il y ait eu au moment de la vente, impossibilité objective ou absolue de déplacer les choses vendues, comme cela a lieu, par exemple, dans la vente de récoltes sur pied. Une impossibilité simplement relative, (...), ne suffit pas pour faire considérer la délivrance comme consommée par le seul consentement des parties* ».

Il est donc possible de noter que la tradition n'est qu'une espèce d'un genre plus large : la délivrance. Les deux concepts recouvrent des réalités différentes : la délivrance correspond au fait de laisser l'*accipiens* venir prendre possession de la chose ; la tradition est la remise matérielle de celle-ci. Si, par la seconde, la première peut se trouver exécutée, d'autres moyens peuvent permettre de réaliser cet alignement du fait sur le droit. En remettant matériellement la chose, le créancier, en quelque sorte, exécute plus que ce que le débiteur peut attendre de lui. Cette constatation établie, il devient possible d'opérer une distinction entre les différentes opérations entraînant le déplacement d'une chose.

2. La distinction entre la délivrance et les autres opérations de mutation d'une chose

101 - Le nécessaire départ entre délivrer et livrer. Souvent la doctrine assimile l'obligation de délivrance et l'obligation de livrer. Les termes sont fréquemment employés l'un pour l'autre dans les écrits. La lettre du Code civil apparaît à l'origine du trouble. L'article 1138 traite de l'obligation de livrer et semble l'assimiler au transfert de propriété, alors même qu'à l'article 1136 les codificateurs semblent viser la délivrance. Afin de lever les doutes quant à l'ambiguïté terminologique de ces termes, les récentes propositions de réforme du droit des contrats opèrent un choix tranché en faveur de la notion de "délivrance"⁵²⁴. De même, différentes théories sont invoquées afin de cerner les rôles respectifs de ces deux obligations.

Selon certains auteurs, les obligations de délivrance et de livrer doivent être distinguées puisque la seconde recouvre en réalité une remise de la chose à des fins translatives de propriété. Dans cette acception, la convention emporte l'obligation de livrer ou de faire la tradition. La tradition n'est cependant pas entendue ici comme étant une simple remise matérielle : c'est une remise d'une chose dont les parties sont convenues de transférer la propriété. Dès lors, « *les obligations de donner, de livrer,*

⁵²⁴ Ainsi, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, à l'article 1152-1, dispose que « *l'obligation de donner emporte celle de délivrer la chose et de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'un bon père de famille* » ; de même, l'article 113 de *L'avant-projet de réforme du droit des contrats*, affirme que « *l'obligation de donner emporte celle de délivrer la chose et de la conserver jusqu'à la délivrance en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* » ; enfin, le *Projet Terré*, dans les articles 93 et 94 consacrés à l'effet translatif du contrat traite de la délivrance et non de l'obligation de livrer.

de transférer, ne sont qu'une seule et même chose»⁵²⁵, l'obligation de livrer correspond donc non seulement à l'obligation de transférer la propriété, mais également à celle d'opérer la tradition⁵²⁶. Suivant cette conception, l'obligation de livrer la chose se rapproche et s'intègre même à l'obligation de donner. Cette dernière doit, dès lors, être entendue dans un sens plus large que celui qui lui est traditionnellement accordé, elle ne correspond pas au seul transfert de propriété : les deux obligations constituant une même réalité⁵²⁷. La proposition semble toutefois accorder trop de crédit à la lettre de l'article 1136 du Code civil, qui « *par un tour de passe-passe (...) glisse de l'obligation de donner la chose à l'obligation de livrer la chose, donc à une obligation de faire* »⁵²⁸.

Aussi, la proposition ne convainc-t-elle pas la majorité de la doctrine qui a tendance à considérer comme synonymes les termes "délivrance" et "livrer". Il est, en effet, permis de constater que la plupart des auteurs utilisent les termes l'un pour l'autre sans opérer de distinction⁵²⁹. L'obligation de délivrance et l'obligation de livrer recouvreraient donc la même réalité. Alors même que l'article 1604 du Code civil vise expressément le terme de "délivrance", celui de "livrer" peut être employé. L'assimilation n'est guère surprenante, la proximité terminologique et étymologique y

⁵²⁵ V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T.IV, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 5e éd., 1852, p. 394.

⁵²⁶ En ce sens, V. par ex. A.-E. BOUVIER-BANGILLON, *De la tradition en Droit romain et dans l'Ancien droit français - De la transmission de la propriété par l'effet des conventions en droit français actuel*, Paris, F. Pichon imprimeur - librairie, 1877, p. 128, « *il est manifeste que l'obligation de transférer la propriété doit avoir pour synonyme l'obligation de faire tradition* ».

⁵²⁷ A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, Par E. COLMET de SANTERRE, *op. cit.*, n°52, dans un sens très large le mot donner « *se rapproche du mot livrer, et indique le fait de mettre une chose à la disposition d'une personne, pour que cette personne puisse en retirer une utilité ; c'est ainsi qu'on dit donner à bail, donner en gage* », il est toutefois notable que pour le continuateur de DEMANTE, COLMET de SANTERRE, la situation n'est pas celle décrite, selon lui, donner c'est transférer la propriété, n°52 bis ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris G. Thorel librairie, 4^e éd., 1844, n°389 et s. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n°182, selon qui l'obligation de livrer aurait une double dimension, « *transférer le droit de propriété et la chose* ». La conception proposée par les auteurs s'éloigne toutefois des autres présentations puisque la délivrance serait l'obligation de livrer appliquée au contrat de vente ; Rapp. N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, spéc. n°259 et 675, qui estime que les obligations de donner désignent les obligations qui ont pour objet une chose et donc les obligations de livrer.

⁵²⁸ D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix)*, D. 1992, p. 67.

⁵²⁹ V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XI, *Des obligations*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, n°363, qui estime que la définition posée par l'article 1604 du Code civil devrait être généralisée à toutes les conventions faisant naître une obligation de livrer ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, Montchrestien, 6e éd., 1984, p. 934 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, Economica, 4e éd., 1998, n°57, « *l'obligation de livrer, encore appelée obligation de délivrance (...)* ».

incite. Les termes délivrer et livrer viennent, en effet, du verbe latin "*liberare*", qui signifie notamment rendre libre⁵³⁰. Toutefois, en considérant la construction orthographique de "délivrer", il est possible de considérer que l'adjonction du préfixe "dé" au verbe "livrer" traduit la spécificité de l'obligation de délivrance par rapport à l'obligation de livrer. Dès lors, il est envisageable d'admettre que la première ne serait qu'une application spécifique de la seconde.

Partant, une partie de la doctrine⁵³¹ estime que la délivrance n'est qu'une facette d'une obligation plus large : l'obligation de livrer, qui serait « *un genre auquel se rattache l'obligation de délivrer qui est une espèce propre à certains contrats dont la vente* »⁵³². Le vendeur serait donc tenu d'une obligation de livrer consistant en la délivrance et la garantie de l'objet. En ce sens, l'obligation de donner, entendue comme l'obligation de transférer la propriété, emporterait effectivement l'obligation de livrer la chose, tant il est indéniable que le vendeur doit délivrer la chose et la garantir. Considérer l'obligation de livrer comme un genre auquel sont subordonnées différentes opérations, permet de lui octroyer une véritable autonomie⁵³³ ; mais plus encore, cela autorise à la dissocier de l'obligation de délivrance. Celle-ci apparaît comme étant une espèce d'un genre plus large constitué par celle-là. Une telle conception a également le mérite de parfaitement correspondre à la définition de la vente posée par l'article 1582 alinéa 1^{er} du Code civil, précisant qu'il s'agit d'une « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer* ». L'obligation du vendeur, envisagée dans un premier temps de façon générale dans le cadre de la définition du contrat, est ensuite développée plus explicitement par l'article 1603 qui dispose que le vendeur au titre de son obligation de livrer « *a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

102 - La nécessaire distinction entre la délivrance et la livraison. La délivrance ne suppose pas nécessairement la remise de la chose : « *elle ne s'identifie pas à la livraison, purement matérielle, de la chose* »⁵³⁴. Toutefois, certains textes

⁵³⁰ F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot, Dictionnaire Latin – Français*, V° *Libero*, *as*, *are*.

⁵³¹ H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T.4, *Les principaux contrats usuels, première partie*, Bruylant, Bruxelles, 1938, n°107 et s ; Adde, H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, préface Ph. RÉMY, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'université de Poitiers, 2005, spéc. n°2 et 63 et s.

⁵³² F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°225.

⁵³³ En outre, elle constitue la base de la réflexion sur la systématisation d'une catégorie nouvelle d'obligations : les obligations de *praestare*, V., *Infra*, n° 151 et s. et 238 et s.

⁵³⁴ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, n°174 ; Adde, J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, n°11239, « *il importe de ne pas confondre la délivrance et la livraison* ».

assimilent les termes "délivrance" et "livraison". Ainsi, par exemple, l'article 1136 pose la règle selon laquelle le vendeur doit conserver la chose « *jusqu'à la livraison* ». De même, la confusion est entretenue de façon plus marquante par la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Celle-ci traite, en effet, à l'article 31, de « *l'obligation de livraison* » du vendeur. Il peut néanmoins être noté que la Convention de Vienne n'impose nullement au vendeur de remettre la chose dans les mains de l'acheteur, ce dernier doit, comme en droit interne, venir la retirer⁵³⁵. Le choix d'une telle terminologie peut s'expliquer par la volonté de détacher la livraison des marchandises de la conformité de celles-ci au contrat. Il apparaît, en effet, que la convention lie la livraison et le transfert des risques ; or « *il a semblé inopportun de permettre que celui-ci pût être paralysé à raison d'un simple défaut des marchandises, lorsque l'acheteur en a cependant pris possession* »⁵³⁶. Dans le cas précis de la Convention de Vienne, les deux termes peuvent donc être tenus pour équivalents. Au contraire, en droit interne, la délivrance et la livraison doivent être distinguées. La première consiste en la dessaisine de la chose par le vendeur alors que la seconde est la « *remise matérielle de la chose chez le destinataire* »⁵³⁷. En principe, le vendeur n'est pas tenu d'une obligation de livraison, il n'a pas à transporter la chose chez l'acheteur ; ce type d'obligation ne pèse sur le vendeur que si les parties en sont convenues ainsi. La jurisprudence confirme ce raisonnement par une décision rendue en matière de transport maritime. Dans cette perspective la Chambre commerciale de la Cour de cassation définit la livraison comme « *l'opération par laquelle le transporteur remet la marchandise à l'ayant droit qui l'accepte* »⁵³⁸. Le simple abandon de la chose par le *tradens* n'épuise pas la livraison. Dès lors, la détention de la marchandise, « *c'est-à-dire une appréhension matérielle, physique par le destinataire ou son représentant* »⁵³⁹, doit

⁵³⁵ Art. 60 C.V.I.M. ; Adde, E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la convention de Vienne au droit interne de la vente*, préface Ph. RÉMY, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2003, n°199.

⁵³⁶ V. HEUZÉ, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, LGDJ, 1^{ère} éd., 2000, n°240.

⁵³⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°183.

⁵³⁸ Cass. com. 17 novembre 1992, Bull. civ. IV, n°365 ; D. 1992, IR, p. 280 ; JCP 1993, IV, 275.

⁵³⁹ B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 1996, n°193 ; Rapp. G. RAYMOND, *Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation*, CCC. 2007, n°4, p.5, qui propose de définir la livraison comme « *la mise en possession de la chose vendue, conforme à celle qui a été désignée dans le contrat, entre les mains du consommateur. (...) Une telle définition de la livraison remet en cause le transfert de risque puisqu'il est admis aujourd'hui que la remise à un transporteur opère transfert des risques, le consommateur devant alors agir contre le transporteur et non contre le professionnel (...). Une harmonisation doit être effectuée non en jouant sur un délai de réflexion accordé à l'acheteur mais en définissant autrement la livraison* », n°24 ; Comp. Société de législation comparée, *Livre vert sur le droit européen de la consommation réponses françaises*, Droit privé

être transmise. Il est ainsi possible d'affirmer que la livraison est l'obligation principale du transporteur et non du vendeur. L'existence d'une obligation de livraison est ainsi subordonnée à la conclusion par les parties d'un contrat de transport ou d'une clause stipulant une telle obligation à la charge du vendeur. La différence entre délivrance et livraison tient au transport de la chose. L'obligation de délivrance n'impose nullement au vendeur de transporter la chose alors que l'obligation de livraison porte justement sur ce transport. Cette analyse se confirme par le fait que, selon la jurisprudence, le vendeur exécute parfaitement son obligation de délivrance en remettant le bien au transporteur afin que ce dernier puisse en opérer la livraison⁵⁴⁰. Cette conception de l'obligation de délivrance semble pour partie due à l'influence du droit commercial sur le droit civil : en effet, « *la conception civile réduirait le transport au rôle d'acte préparatoire à la délivrance, retardée jusqu'au moment où la marchandise parvient à l'acheteur. C'est à ce moment seulement que ce dernier est mis en possession. La conception commerciale accorde une plus large place à l'expédition. Par elle, le vendeur s'est dessaisi de l'objet vendu ; il a fait au moins en partie les opérations qui lui incombent pour procurer la marchandise à l'acheteur* »⁵⁴¹.

La délivrance doit être distinguée de la remise de la chose. La seconde, dans son acception classique, ne constituant qu'un mode d'exécution de la première, la tradition réelle n'épuise pas le concept de délivrance. Ce constat établi, il est possible d'affirmer que la délivrance peut également être dissociée des opérations issues des obligations de livrer et de livraison. L'obligation de livrer semble être l'obligation générale du vendeur, comprenant la délivrance mais également la garantie de la chose. La livraison, quant à elle, correspond à l'acheminement de la chose du vendeur vers l'acheteur et doit être nécessairement prévue par les parties. Aussi, d'un point de vue matériel, l'obligation de délivrance se détache-t-elle fortement de la définition

comparé et européen, vol. 5, sous la direction de B. FAUVARQUE-COSSON, 2007, 5.3, réponse à la question I1, p. 94 et s., qui estime que le terme "livraison", doit être entendu comme la « *prise de possession physique* ». Cette prise de possession ne peut être réalisée « *que sous réserve d'une mise à disposition* », définit comme l'abandon volontaire de la maîtrise de la chose. Dès lors, « *livraison signifierait, par défaut, que les biens sont mis à la disposition du consommateur* ».

⁵⁴⁰ Cass. com. 8 octobre 1996, Bull. civ. IV, n°229, « *le vendeur avait remis les marchandises litigieuses au transporteur et (...) celui-ci les avait acceptées sans réserve, ce dont il résultait que le vendeur avait rempli son obligation de délivrance* » ; Adde, Cass. com. 17 février 1988, Bull. civ. IV, n°84, qui affirme que le vendeur a rempli son obligation de délivrance conforme dès lors que le mandataire de l'acheteur a inspecté la marchandise chez le vendeur et l'a remise au transporteur. Un tel principe est confirmé par le DCFR, IV A-2 :201, 2), « *if the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over goods to the first carrier for transmission to the buyer (...)* », (nous soulignons).

⁵⁴¹ R. DECCOTIGNIES, *L'exécution de l'obligation de délivrance*, in *La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial*, sous la direction de J. Hamel, Paris, Dalloz, 1951, p. 161.

posée par l'article 1604 du Code civil. La première partie de cet article apparaît, en effet, en contradiction avec le concept moderne de délivrance qui ne peut plus être assimilé à « *un transport de la chose* ». L'analyse conduit également à rejeter sa seconde partie : contrairement à l'enseignement de DOMAT, l'acquisition de la possession n'est plus liée à l'exécution de la délivrance.

B. La rupture des liens entre délivrance et possession

103 - L'abandon et l'acquisition corrélatrice de pouvoirs matériels sur la chose. La délivrance n'emporte plus le transfert du droit de propriété. Suivant l'article 1604 du Code civil, elle semble porter aujourd'hui sur l'acquisition de la possession. Néanmoins, il n'est pas évident que la possession, en tant qu'exercice d'un droit, puisse véritablement être transférée. La délivrance tend donc à l'acquisition d'un pouvoir sur un bien qui ne peut être la possession. Par élimination, le pouvoir transmis par la délivrance ne pourrait être que la détention. Cette situation peut toutefois être modifiée en fonction des stipulations contractuelles portant sur le transfert de propriété. Si, en principe, en délivrant, le vendeur renonce à ses pouvoirs en se dessaisissant de la détention de la chose (1), la situation peut, dans certaines hypothèses, se trouver bouleversée par les modalités d'exécution du contrat (2).

1. Le pouvoir sur le bien en cause dans la délivrance

104 - La présentation traditionnelle : une délivrance translatrice de la possession. La délivrance en droit romain emportait un transfert de la possession de la chose vendue⁵⁴². Cette conception se comprend tout à fait en considérant que les juristes romains n'opéraient pas de véritable distinction entre le transfert du droit et de la chose. La possession étant nécessaire pour acquérir le bien⁵⁴³, un transfert de la propriété ne se réalisait qu'autant que la possession avait été remise. En droit romain, la possession est la matérialité de la propriété, « *le pouvoir de fait sur la chose sur laquelle la propriété est le pouvoir de droit* »⁵⁴⁴. Inspirés par ce modèle, DOMAT, puis

⁵⁴² V. *Supra* n° 13.

⁵⁴³ A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, Dalloz, 3e éd., par R. VILLERS, 1970, p. 288.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

les codificateurs définirent ainsi la délivrance comme le transfert de la possession. Dès lors, de nombreux auteurs appliquent l'article 1604 du Code civil à la lettre et affirment que l'obligation de délivrance a effectivement pour objet la possession du bien⁵⁴⁵. Ainsi, afin de pallier les errances terminologiques suscitées par la présence du terme « *puissance* »⁵⁴⁶ à l'article 1604, une partie de la doctrine, s'inspirant d'un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 12 avril 1831⁵⁴⁷, proposa de redéfinir l'obligation de délivrance comme « *le transport de la chose vendue en la jouissance et possession de l'acheteur* »⁵⁴⁸.

Cette présentation est toutefois susceptible de certaines critiques. Il n'est, en effet, pas évident que la possession puisse être transférée, faute de pouvoir matériellement opérer une mutation de l'*animus*⁵⁴⁹, mais seulement abandonnée⁵⁵⁰. De plus, ce principe ne semble pas s'accorder avec celui du transfert de propriété *solo consensu*. Comme l'ont démontré certains auteurs, « *la délivrance n'est pas un transfert de possession, une mise en possession de l'acheteur* »⁵⁵¹, ce dernier obtiendrait la possession dès le transfert de la propriété. Dans cette conception, le transfert de la possession, ou plus précisément de l'*animus*, suit le transfert du droit. Dès l'accord des volontés l'acheteur devient non seulement propriétaire de la chose,

⁵⁴⁵ L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs 2e éd., 1890, n°205 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVII, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°286 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1907, n°1148 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. III, op. cit., n°107 ; J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, Sirey, 1953, n°229 ; Rappr. F. GORÉ, *Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer*, RTD civ. 1947, p.162.

⁵⁴⁶ La signification de "puissance" chez DOMAT, semble renvoyer au droit en cause, c'est-à-dire la propriété. Certains auteurs ont toutefois tenté de justifier la présence de ce terme. Ainsi, DUVERGIER, estime que « *le mot puissance ajouté au mot possession, exprime énergiquement la nature de la possession que doit procurer le vendeur à l'acheteur, et toute l'étendue des droits qu'il est obligé de lui transmettre* », C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. XVI, par DUVERGIER, Paris, éd. Jules Renouard et Cie, n°245. De même, pour d'autres auteurs, « *en conservant ce mot "puissance" (...) les auteurs du code ont en effet voulu évidemment ajouter quelque chose à l'idée qui découlait du mot "possession" (...). Ils ont voulu indiquer qu'il ne suffisait pas au vendeur de conférer à l'acheteur la détention matérielle de la chose vendue, (...) mais que le vendeur devait de plus transmettre à l'acheteur le moyen de disposer en maître de la chose* », G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 17, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°286.

⁵⁴⁷ Cass. req. 12 avril 1831, D. 1832, I, p. 54.

⁵⁴⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XXIV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, n°159 ; Rappr. L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, T. I, op. cit., n°205.

⁵⁴⁹ V. *Supra* n° 32.

⁵⁵⁰ Rappr. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 17, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°293, « *le vendeur doit d'abord abandonner la possession de la chose vendue* ».

⁵⁵¹ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, Montchrestien, 6^e éd., 1984, n°930.

mais également possesseur. Il ne possède cependant que *corpore alieno*, ou *animo solo*, puisqu'il n'a pas encore de mainmise sur le bien.

105 - Une délivrance translatrice de la seule détention ? D'après la présentation proposée de la délivrance, celle-ci n'emporterait qu'une mutation de la détention du bien. L'acheteur serait déjà possesseur de la chose avant l'exécution de l'obligation de délivrance, et obtiendrait ainsi le *corpus* nécessaire à la constitution de la possession pleine et entière. Ainsi, suivant la majorité de la doctrine contemporaine, l'obligation de délivrance du vendeur porterait uniquement sur la détention du bien⁵⁵². Cette construction doctrinale a le mérite de bien distinguer le transfert de la possession, qui suit le sort du droit, et celui de la détention, qui ne s'opère que par la remise. Toutefois, la thèse ne semble pas tirer toutes les conséquences de la notion de délivrance. Suivant cette conception, la détention ne peut être transférée que par la remise du *corpus*, c'est-à-dire par la tradition. Le fait de retenir une telle acception de la délivrance, vide de tout son sens l'article 1657 du Code civil qui impose à l'acheteur de retirer la chose : la chose ayant été remise à l'acquéreur, il n'y a pas d'intérêt à le forcer à venir retirer une chose qu'il a déjà entre ses mains. Il semble donc que la théorie proposée néglige les hypothèses où la délivrance ne s'opère pas par la remise de la chose. La conception d'une délivrance translatrice de la détention ne trouve, en effet, à s'appliquer qu'autant qu'elle s'exécute par la tradition réelle. Or la tradition réelle n'épuise pas le concept de l'obligation de délivrance, elle n'en est qu'un mode particulier d'exécution⁵⁵³. Dès lors qu'il est admis que la délivrance peut s'exécuter par le fait de ne pas empêcher l'acheteur de retirer, il n'est pas évident qu'une mutation de pouvoir sur la chose puisse intervenir. L'acheteur est tenu de retirer, c'est donc de son fait que le pouvoir est transmis.

La question des pouvoirs sur la chose n'apparaît pas particulièrement limpide en matière d'obligation de délivrance. Les hésitations quant au pouvoir exercé sur la chose par le vendeur qui n'a pas encore délivré le bien vendu en attestent également avec force.

⁵⁵² En ce sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, *op. cit.*, n°1084 ; H., L. et J. MAZEAUD, *op. et loc. cit.* ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, n°174 ; J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, *op. cit.*, p. 60 ; A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°182 ; J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Litec, 1983, n°471 ; E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la convention de Vienne au droit interne de la vente*, *op. cit.*, n°199 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733, n°25.

⁵⁵³ Rapp. G. CORNU, RTD civ. 1979, p. 808, note sous Cass. civ. 3^e, 3 janvier 1979.

2. L'éventualité d'une persistance des liens entre le vendeur et la chose

106 - Le lien en cas de transfert immédiat de la propriété. S'il paraît difficile d'accorder à la délivrance une véritable faculté de transférer la possession, voire la détention, les situations des parties, eu égard au bien, peuvent se trouver modifiées en raison du contrat. Ainsi, se pose le problème issu de la situation dans laquelle un vendeur n'a pas encore délivré le bien alors même que la propriété a été transférée. Différentes propositions peuvent être relevées en doctrine.

Pour certains⁵⁵⁴, en dépit du contrat et du transfert de propriété, le vendeur conserve une possession de la chose utile pour la prescription⁵⁵⁵. La détention précaire suppose nécessairement une délégation de pouvoir de la part du possesseur du bien ; or, par hypothèse, l'acheteur n'a pas encore été mis en possession puisque le vendeur n'a pas encore exécuté son obligation de délivrance. Si le vendeur est bien tenu de délivrer en vertu du contrat, *« ce n'est point la vente qui est la cause de sa détention, puisqu'au contraire elle lui impose de devoir faire la délivrance, et qu'il la combat et l'ébranle à chaque instant en refusant d'accomplir ce devoir »*⁵⁵⁶. Le contrat de vente serait donc à lui seul incapable d'intervertir le titre du pouvoir qu'exerce le vendeur sur le bien, possesseur avant le contrat, l'accord des volontés ne peut à lui seul lui ôter cette qualité⁵⁵⁷. La conception peut toutefois paraître étonnante. Dans l'hypothèse, certes marginale mais envisageable malgré tout, dans laquelle un vendeur ne délivrerait jamais, il pourrait bénéficier de la prescription acquisitive et redevenir propriétaire de son bien⁵⁵⁸. La situation décrite n'est pas tenable ; en effet,

⁵⁵⁴ V. par ex. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. XIV, Pichon, 1902, n°314 ; D. de FOLLEVILLE, *De la possession précaire*, Paris, (Extrait de la revue pratique de droit français), T. XXXVIII, Marescq Aîné, 1875, n°22-1 et s.

⁵⁵⁵ La possession est qualifiée d'utile lorsqu'elle est continue, paisible, publique et non équivoque, Art. 2261 C. civ. L'Avant-projet de réforme du droit des biens, intègre ces qualités à la définition de la possession, à l'article 543 : *« la possession est l'exercice paisible, public, et non équivoque d'un droit, par celui qui, alors même qu'il n'en serait pas titulaire, se comporte, en fait et en intention, comme s'il l'était »*.

⁵⁵⁶ D. de FOLLEVILLE, *De la possession précaire*, op. cit., n°22-1.

⁵⁵⁷ En ce sens, V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XXV, *De la prescription*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n°306, *« si le contrat n'accorde expressément ou tacitement aucun terme au vendeur pour la délivrance, alors on ne peut pas dire qu'il détienne la chose en vertu de son titre et pour le compte de l'acheteur, donc précairement. Il la possède contrairement à son titre et donc sans titre, puisque son titre l'obligeait à une livraison immédiate ; par suite il possède animo domini et, au bout de trente ans, la prescription se sera accomplie à son profit »* ; Adde, R. SAINT-ALARY, *La détention. Notion et portée d'application en droit privé français*, Toulouse, Imprimerie Toulousaine, 1941, p. 57 et s.

⁵⁵⁸ V. par ex. TGI Épinal, 9 juillet 1981, CJEG 1983.24, note N. REUTER, des juges décidant qu'un vendeur, ayant conservé le bien pendant trente ans, ne pouvait être reconnu bénéficiaire

si le vendeur n'est pas tenu d'une obligation de restitution à l'image d'un emprunteur par exemple, sa situation est bien entachée de précarité : il doit délivrer la chose.

Considérant cette difficulté, une partie de la doctrine⁵⁵⁹ considère que le vendeur n'ayant pas encore délivré le bien objet de la vente n'est que détenteur. Ainsi, la possession peut « *commencer pour l'acheteur, quoique le vendeur continue à détenir, par cela seul que celui-ci commencera à posséder au nom du nouveau propriétaire* »⁵⁶⁰. Cette analyse prolonge le raisonnement qui affirme que l'*animus domini* se transmet en même temps que le droit réel dont la possession est l'exercice. Le vendeur est alors privé de cet *animus* et devient corrélativement simple détenteur de la chose. Puisque la propriété a été transférée, le vendeur reconnaît le droit de l'acheteur⁵⁶¹ et ne peut plus exercer ce droit. Sa relation avec le bien ne peut plus être qualifiée de possession, mais uniquement de détention précaire. La théorie exposée semble rendre compte d'une conception de l'obligation de délivrance détachée de la remise de la chose et ne correspondant qu'à un acte d'abdication. L'objet de la délivrance est de cesser tout acte de possession sur le bien ; aussi, par le contrat, le vendeur renonce-t-il à la possession qu'il exerçait sur le bien et renonce, de la même façon, à ses prétentions concernant le bénéfice de la prescription acquisitive. S'il conserve néanmoins la chose entre ses mains, il ne peut être considéré que comme un détenteur précaire⁵⁶². Le vendeur n'a plus de droit réel sur la chose, il ne peut dès lors plus être considéré comme un possesseur⁵⁶³. Un autre argument peut être soulevé pour militer en faveur de cette conception. L'article 1136 du Code civil impose au débiteur de l'obligation de donner qui n'a pas encore délivré la chose de la

d'une quelconque prescription acquisitive ; Rappr. Cass. civ. 3^e, 2 décembre 1975, Bull. civ. III, n°355 ; Dans le même sens, V. A.-M. SOHM-BOURGEOIS, Rep. civ. Dalloz, V° *Prescription acquisitive*, mars 2002, n°40.

⁵⁵⁹ V. par ex. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XXI, Paris, G. Thorel Librairie, 4e éd., 1844, n°344 bis ; L. GUILLOUARD, *Traité de la prescription*, T. I, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1885, n° 470 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, *op. cit.*, n°1084 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, *op. cit.*, n°930 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats*, T. 1, PUF, Thémis, Droit privé, 1^{ère} éd., 1993, p. 182.

⁵⁶⁰ A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. VII, *op. cit.*, n°34.

⁵⁶¹ En ce sens, H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, *op. cit.*, n°930.

⁵⁶² En ce sens, V. J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, *op. cit.*, n°488.

⁵⁶³ Dans l'hypothèse où les parties reportent l'obligation de délivrance, la situation est similaire. Le vendeur doit également être considéré comme un détenteur précaire. Selon BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XXV, *De la prescription*, *op. cit.*, n°306, cette hypothèse serait la seule où le vendeur doit être considéré comme détenteur précaire de la chose : « *Si (...) le contrat accorde, expressément ou tacitement, un terme pour la délivrance, alors il semble bien que le vendeur détienne la chose précairement ; car il la possède en vertu de son titre et bien évidemment pour le compte de l'acheteur dont il reconnaît le droit de propriété puisqu'il l'a rendu propriétaire par le contrat. Cette solution (...) paraîtrait devoir être appliquée même lorsque le contrat n'indique pas le titre auquel le vendeur est autorisé à conserver la chose : il a nécessairement été sous-entendu qu'il détiendrait précairement (...)* ».

conserver⁵⁶⁴ ; or la conservation apparaît comme une obligation essentielle des détenteurs précaires et non forcément des possesseurs⁵⁶⁵. La solution peut cependant être différente dans l'éventualité où les parties aménageraient le transfert de propriété par une clause contractuelle.

107 - Le lien en cas de report du transfert de propriété. Si les parties insèrent une clause de réserve de propriété, la question des pouvoirs sur la chose se pose avec d'autant plus d'acuité. Le contrat est parfait, mais le transfert de la propriété est reporté. Si le transfert du droit n'a pas eu lieu, il est difficile d'admettre que l'*animus domini* puisse être transféré. Celui-ci est directement lié à l'exercice du droit ; or puisque l'acheteur ne peut se prévaloir du droit, la qualité de possesseur ne devrait pouvoir lui être reconnue. Prolongeant la logique, le vendeur resterait possesseur de la chose jusqu'à la délivrance. La situation semble, toutefois, plus compliquée une fois la délivrance réalisée. Le vendeur se réserve la propriété de la chose ; dès lors, selon certains auteurs, l'acheteur ayant bénéficié de la délivrance ne pourrait pas être considéré comme un possesseur. Sa situation est proche de celle d'un détenteur précaire. Le vendeur conserve la possession du bien : le premier n'est que « *détenteur du bien d'autrui dont la seule singularité est d'être normalement appelé à acquérir la propriété* »⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Art. 1136 C. civ., « l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier ».

⁵⁶⁵ Le possesseur a la volonté de se comporter comme le titulaire du droit exercé, dans cette situation le vendeur aurait donc la volonté de se comporter comme étant propriétaire du bien ; il n'est dès lors pas évident qu'il soit tenu de conserver la chose sur laquelle il exerce sa possession.

⁵⁶⁶ F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, avant propos J.-M. MOUSSERON, préface F. DERRIDA, Litec, 1988, n°104, p. 91 ; Adde T.-M. MARGELLOS, *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété, étude de droit comparé*, préface J.-M. BISCHOFF, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 197, 1989, n°78, note 9, « le vendeur sous réserve de propriété n'est qu'un simple détenteur. À l'origine de son pouvoir de fait sur la chose il y a un titre impliquant la reconnaissance de la propriété d'autrui » ; Ch. JAMIN, *Propos démodés sur les effets d'une généralisation éventuelle de la réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers corporels*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995, p. 29, spéc. n°11 et s., l'acheteur « se trouve dans une position comparable à celle que l'on connaît en matière bail, d'usufruit ou de dépôt, mais non en matière de vente (...) sa qualité est proche de celle d'un détenteur précaire », l'auteur nuance toutefois son propos plus bas, « on peut certes douter du fait que les biens ont été livrés à l'acquéreur à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. À l'inverse des détenteurs précaires ordinaires, l'acheteur sait que le bien ne lui a pas été livré à charge pour lui de le restituer ou d'en faire un certain usage, car la restitution n'est pas une conséquence normale de la vente », n°12 ; P. CROCQ, *J.-Cl. civ. art. 2376 à 2372, Clause de réserve de propriété*, 15 septembre 2007, n°66, qui estime que la délivrance dans un contrat contenant une clause de réserve de propriété transfère la détention du bien et que cette détention « du bien lui donne aussi, non en droit mais en fait, la possibilité d'en disposer » ; Rapp. J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chr 1, p. 1 et s.

La faiblesse de la démonstration tient toutefois à cette singularité que l'acheteur a vocation à devenir propriétaire du bien. De plus, comme le note un auteur, la « *question se complique (...) lorsqu'on examine les pouvoirs de l'acquéreur non plus sous leur aspect purement juridique, mais dans la réalité des faits. Il s'avère alors que l'acquéreur peut user librement de la chose qu'il détient, l'utiliser, la détruire ou la vendre* »⁵⁶⁷. Les prérogatives de l'acheteur se rapprochent alors de celles d'un possesseur, voire d'un véritable propriétaire. Considérant la difficulté, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 12 janvier 1994, a pu affirmer que l'acquéreur, entré en jouissance du bien vendu sous réserve de propriété, avait « *dès ce jour été mis en possession réelle* »⁵⁶⁸. Malgré le principe posé par la Cour de cassation, les situations de l'acheteur et du vendeur en cas de stipulation d'une clause de réserve de propriété restent teintées d'hybridité. Il est, en effet, étonnant de considérer que l'acheteur puisse se comporter comme un propriétaire, et exercer l'*animus domini* si le vendeur conserve la propriété du bien. Les analyses en termes de possession et de détention n'apparaissent pas satisfaisantes : alors même que l'acheteur ne peut se considérer comme possesseur faute de pouvoir caractériser l'*animus*, il ne peut pas non plus se voir reconnaître le statut de détenteur précaire puisqu'il a l'intention de devenir propriétaire. « *Singulière situation que celle de cet acquéreur non propriétaire ! Simple détenteur au regard de nos catégories, son droit n'est pas entaché de précarité... Dénué en droit d'*animus domini*, il exerce cependant le corpus avec l'intention de devenir propriétaire et la simple détention constitue un préalable à l'appropriation... !* »⁵⁶⁹. Il est permis de constater que l'acheteur a bien une emprise matérielle sur la chose. Ce pouvoir sur la chose ne peut être qualifié de possession en raison de l'absence de création de l'intention d'exercer le droit réel de propriété. Toutefois, il est possible de considérer qu'un droit autre que la propriété est transféré, ce droit étant alors susceptible de possession. Dans cette perspective, des auteurs ont pu qualifier le droit transmis de « *quasi-propriété* »⁵⁷⁰, ou de « *droit*

⁵⁶⁷ C. OPHELE-ROSSETTO, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87, spéc. p. 88 ; Rappr. Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1998, n°334, « *dire que l'acquéreur n'est que détenteur reflète mal l'étendu des pouvoirs qu'il peut exercer sur des marchandises : les incorporer, les transformer, voire les revendre* ».

⁵⁶⁸ Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, inédit, n° de pourvoi 91-17185, D. 1995, p. 52, note F. MACORIG-VENIER ; la solution est déjà sous-entendue par Trib. com. de Paris, 16 janvier 1987, D. 1987, somm. p. 148, obs. M. VASSEUR ; Rappr. Cass. com. 16 septembre 2008, inédit, pourvoi n°07-18.207, qui confirme que l'acheteur devient possesseur au jour de la livraison.

⁵⁶⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733, n°33.

⁵⁷⁰ Ph. MALAURIE, *Rapport de synthèse in Faut-il retarder le transfert de propriété?*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995, p. 46, spéc. p. 49.

d'expectative réel »⁵⁷¹. Ainsi, par la conclusion de la clause de réserve de propriété, le vendeur perd la possession sur le bien, mais en conservant la propriété, il bénéficie toujours de l'action en revendication. Le vendeur n'a plus vraiment la pleine propriété de son bien mais seulement la possibilité de « *recouvrer la plénitude de son droit en cas de défaillance du débiteur* »⁵⁷². L'acheteur, quant à lui, est bien possesseur. Il n'exerce toutefois pas une possession issue de la propriété, mais celle d'un droit réel innommé, qui lui a été transmis sur la chose. La consécration d'un tel droit n'est pas de nature à paralyser la revente à un tiers. Bien qu'en principe l'acheteur sous réserve de propriété ne puisse vendre un bien dont il n'est pas propriétaire, il est possible de considérer que le tiers acquéreur devienne possesseur de bonne foi, non du droit réel innommé, mais du droit de propriété et, à ce titre, puisse invoquer le bénéfice de l'article 2276 du Code civil⁵⁷³.

108 - Synthèse. L'étude de l'aspect matériel de l'obligation de délivrance conduit à rejeter la définition empruntée par les codificateurs à DOMAT. Se distinguant tout d'abord de son modèle romain, elle ne peut plus s'analyser comme une remise de la chose. Puisque le vendeur n'est pas tenu, à défaut de stipulations contractuelles contraires, de remettre matériellement la chose à l'acheteur qui doit venir la quérir, elle ne peut être assimilée au transport de la chose. Le *tradens* n'est ainsi tenu que de cesser d'exercer son emprise sur la chose afin que l'*accipiens* puisse venir s'en saisir. La délivrance correspond donc à une activité matérielle moindre que la remise : laisser le bénéficiaire venir retirer le bien vendu est une activité moins importante que devoir le remettre positivement. De même, bien que le Code dispose que le transfert de la possession s'opère par la délivrance, cette affirmation doit être écartée. Il n'est d'ailleurs pas évident que la délivrance soit apte à opérer la mutation d'un quelconque pouvoir sur la chose, si elle ne s'exécute pas par une tradition réelle. L'abandon de son pouvoir sur la chose par le vendeur n'emporte pas mécaniquement la reconstitution de celui-ci chez l'acheteur tant que ce dernier n'a pas retiré la chose. Tirant parti de cette quasi-inefficience de la délivrance à transporter un pouvoir, la doctrine se détache désormais de la définition du Code et définit majoritairement la délivrance comme une "mise à disposition" de la chose. L'emploi de ce terme est

⁵⁷¹ D. MAINGUY, *Le droit de l'acquéreur dans la vente avec transfert de propriété retardé*, JCP, éd. N., 1996, p. 501, note sous Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1994. Selon l'auteur, ce « *droit d'expectative réel* » est « *issu du constat de l'existence d'une obligation de donner et de la possession de la chose* ».

⁵⁷² C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983, n°406.

⁵⁷³ V. pour des exemples d'application, Cass. com., 1^{er} octobre 1985, Bull. civ. IV, n° 224 ; Cass. com., 19 mai 1987, Bull. civ. IV, n°120.

toutefois sujet à discussion car il n'est jamais véritablement explicité par les auteurs. Empruntée au langage commun, la notion de mise à disposition peut néanmoins être juridicisée.

§ 2. L'analyse de la délivrance à l'aune du concept de mise à disposition

109 - Premières vues sur la mise à disposition. La doctrine s'accorde sur le fait que la délivrance correspond, aujourd'hui, à la mise à disposition de la chose à l'acheteur⁵⁷⁴. La conception n'est toutefois que rarement définie, les auteurs se référant en principe aux exemples de délivrance posés aux articles 1605 et suivants. La faiblesse d'une telle présentation est qu'elle consiste à expliquer ce qu'est la délivrance en ne l'analysant qu'à partir de certains exemples, limités et non exhaustifs, empruntés essentiellement au droit romain⁵⁷⁵. Avant de pouvoir être appliquée à des cas spécifiques, la délivrance doit pouvoir être définie de façon générale. Puisqu'elle ne peut se réduire à la remise de la chose, même dématérialisée, l'émergence du concept de mise à disposition permet cette nécessaire définition générale. L'expression "mise à disposition" est empruntée au langage courant, mais peut être transposée en droit et semble profondément liée au dessaisissement du bien. Aussi, avant même de pouvoir assimiler la délivrance à la mise à disposition (B), convient-il de déterminer la réalité qu'elle recouvre en tant que notion générale (A).

⁵⁷⁴ V. par ex. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, n°933 ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°183 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n°1112 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°299 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°227 ; J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°11239.

⁵⁷⁵ Ainsi par exemple, l'article 1605 du Code civil prévoyant la remise des clefs de l'immeuble vendu, est une application de la tradition feinte. De même, la tradition par le consentement de l'article 1606 n'est pas sans rappeler le principe de la tradition de brève main. Pour une présentation de ces institutions V. *Supra* n° 17.

A. Essai de définition de la notion de mise à disposition

110 - Les insuffisances de la présentation classique. La mise à disposition d'une chose est définie comme une « *modalité de délivrance qui consiste à rendre une chose accessible à son destinataire de manière à ce que celui-ci puisse effectivement en prendre possession* »⁵⁷⁶. La faiblesse de la définition proposée tient à son caractère tautologique : la doctrine définit la délivrance comme étant une mise à disposition d'un bien, or cette dernière s'analyserait comme une modalité de délivrance. Les deux concepts ne peuvent se servir mutuellement de définition. Afin de mieux cerner la notion, son aspect générique doit être dépassé (1). La comparaison de la mise à disposition avec d'autres notions mieux connues du droit apporte une meilleure définition de son l'objet : permettre l'acquisition de la chose à une personne (2).

1. L'exclusion d'un sens générique

111 - Une apparente ambiguïté terminologique. L'expression "mise à disposition" n'est pas par essence juridique ; ces termes innervent néanmoins le droit des contrats, sans qu'une définition précise puisse en être dégagée⁵⁷⁷. Elle peut donc, au premier abord, sembler en marge des termes juridiques traditionnellement utilisés et dont la définition est clairement établie pour caractériser le mouvement d'un bien. Toutefois, la présence du terme "disposition" peut renvoyer le juriste à la notion d'acte de disposition définie classiquement comme une « *opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux* »⁵⁷⁸ et opposée aux actes d'administration et aux actes conservatoires. Pour autant, le rapprochement de la mise à disposition avec l'acte de disposition doit être écarté. Si l'idée de mouvement d'un bien est présente dans les deux notions, la seconde semble trop liée à l'aliénation de la chose, au transfert de droit réel⁵⁷⁹. Les actes de disposition sont ceux qui « *engagent l'avenir, qui tendent à compromettre, dans un patrimoine,*

⁵⁷⁶ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V°, *mise à disposition*. Rappr. N. DECOOPMAN, *La notion de mise à disposition*, RTD civ., 1981, p. 300 et s., qui définit la notion comme « *la délivrance d'un bien ou [un] mode constitution de garantie* », n°77.

⁵⁷⁷ Pour de nombreux exemples de mise à disposition V. N. DECCOPMAN, *préc.*

⁵⁷⁸ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° *disposition*.

⁵⁷⁹ Bien que certains actes de disposition, tel le bail de plus de neuf ans, n'emportent pas d'aliénation ni de transfert de droit réel.

l'existence, l'individualité de la valeur d'un capital »⁵⁸⁰. L'idée maîtresse de ce type d'actes semble être sa gravité ; juridiquement, l'acte de disposition entraîne la disparition du bien ou du droit sur lequel il porte⁵⁸¹. Aussi l'emploi des termes "mise à disposition", ne semble-t-il pas se limiter aux seuls actes emportant de telles aliénations. La Cour de cassation a recours à cette expression afin de rendre compte de situations variées dans lesquelles aucune aliénation n'intervient. Il est, par exemple, possible de relever une telle utilisation dans le cadre d'arrêts portant sur l'octroi d'un coffre-fort⁵⁸² ou encore d'un distributeur de boissons⁵⁸³. En ce sens, les mises à disposition se rapprocheraient plus des actes d'administration, dont le « *dénominateur commun élémentaire* »⁵⁸⁴ est l'idée d'exploitation normale du patrimoine. Indépendant de l'éventuelle aliénation d'un droit réel, le concept de mise à disposition d'une chose se révèle comme un mode de concéder un pouvoir sur celle-ci. La nature du pouvoir dont la mise à disposition permet l'acquisition est indifférente. Seul apparaît déterminant le fait de rendre possible l'obtention du pouvoir sur la chose. Dès lors, il est possible de cerner un minimum irréductible de la mise à disposition : elle doit « *permettre au créancier d'exercer certaines prérogatives sur le bien qui en est l'objet* »⁵⁸⁵.

112 - La distinction entre mise à disposition et remise de la chose. La mise à disposition et la remise de la chose sont souvent assimilées par la doctrine.

⁵⁸⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. I, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, 2004, n°294. Certains auteurs proposent de se référer également à un critère économique dans la qualification de l'acte de disposition, qui « *consiste à apprécier la portée de l'acte non plus seulement au regard de son objet particulier, mais en tenant compte de l'ensemble de ses répercussions patrimoniales directes ou indirectes. C'est alors le rôle de l'acte dans la gestion du patrimoine, son incidence économique globale, qui importent* », C. BRENNER, Rep. civ. Dalloz, V° Acte, septembre 2006, n°340 ; Adde, R. VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de disposition*, RTD civ. 1967, p. 449.

⁵⁸¹ En ce sens, la jurisprudence ne restreint pas la notion aux seuls actes translatifs mais y intègre les actes extinctifs ou abdicatifs, V. par ex. Cass. ch. mixte 29 janvier 1971, Bull. civ. I, n° 1 ; D. 1971, p. 301, note J. HAUSER et E. ABITBOL ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, Bull. civ. I, n°102 ; RTD civ. 1998, p. 656, obs. J. HAUSER.

⁵⁸² V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, (deux arrêts) inédits, pourvois n°00-13399 et 00-13400.

⁵⁸³ V. par ex. Cass. com., 24 avril 2007, inédit, pourvoi n°06-12443, RDC 2008, p. 276, note D. MAZEAUD ; Rapp. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, qui regroupent sous le vocable « *contrats de mise à disposition* », les contrats de bail, de prêt et de crédit bail qui sont des contrats par lesquels le maître d'une chose, en attribue les avantages et les utilités sans toutefois en perdre la propriété.

⁵⁸⁴ C. BRENNER, préc., n°299.

⁵⁸⁵ C. REGNAULT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, préface J. PRIEUR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 242, 1994, n°11, l'auteur poursuit sa proposition de définition par « (...) *et évoque un déplacement, un transport, un mouvement* », cette seconde partie semble toutefois devoir être exclue en ce qu'elle rapproche trop la mise à disposition de la remise de la chose.

Raisonnant en contemplation des contrats de bail et de prêt à usage, certains auteurs proposent de lier les notions de tradition réelle et de mise à disposition. Ils définissent alors cette dernière comme « *la remise d'une chose à une personne appartenant à une autre personne en vue d'un usage précis* »⁵⁸⁶. Toutefois, puisqu'il apparaît que la mise à disposition ne fait que rendre possible l'exercice d'un pouvoir sur la chose, elle doit être distinguée de la remise. C'est, semble-t-il, en ce sens que la jurisprudence opère une distinction entre la livraison des marchandises et leur mise à disposition⁵⁸⁷. La remise est, en effet, un véritable déplacement de la chose ; elle opère la mutation du pouvoir exercé. Les deux concepts se retrouvent sur un point : le dessaisissement. Mais si la remise de la chose comprend un dessaisissement et un mouvement de la chose, la mise à disposition se limite au dessaisissement. Les contrats emportant une mise à disposition de marchandises emportent toujours la nécessité d'un enlèvement pour le bénéficiaire qui doit venir chercher les biens en question⁵⁸⁸. Mettre une chose à disposition consiste dès lors, essentiellement, à ne pas s'opposer à la prise de pouvoir du bénéficiaire⁵⁸⁹. Cette opération implique en ce sens une « *attitude plus passive que dynamique* »⁵⁹⁰.

Les rôles respectifs de l'*accipiens* et du *tradens* dans la remise de la chose envisagée classiquement et dans la mise à disposition paraissent inversés. Dans la première opération, l'activité principale transférant le pouvoir sur la chose est celle du *tradens* qui doit remettre. L'*accipiens* n'a qu'un rôle passif, consistant à accepter la remise ; il est alors saisi par la remise. Dans la seconde, l'activité permettant la prise de pouvoir sur la chose est celle de l'*accipiens* : le débiteur de la mise à disposition se dessaisit de la chose et c'est au créancier, acquérant ainsi les prérogatives prévues par le contrat, de l'enlever. Contrairement à la remise de la chose, la mise à disposition n'est pas suffisante pour opérer la saisine de l'*accipiens*. Seule l'exécution de l'enlèvement de la chose emporte la prise de pouvoir sur celle-ci. Si les deux opérations – remise et mise à disposition – s'opposent en apparence, il semble qu'en réalité, elles se rejoignent. Il est en effet possible de remarquer que ce qui est

⁵⁸⁶ M.-A. RAKOTOVAHINY, *Le contrat de mise à disposition d'une chose : un contrat par défaut ?*, LPA 20/10/2006, n°210, p.9.

⁵⁸⁷ Cass. com. 5 juillet 1994, Bull. civ. IV, n°259 ; JCP 1994, IV, 2218.

⁵⁸⁸ Pour la corrélation entre mise à disposition et enlèvement, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, inédit, pourvoi n° 04-19178 ; sur ce point V. *Infra* n° 122 et s.

⁵⁸⁹ En ce sens, V. par ex. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°11, « *mettre à disposition consiste bien à faire quelque chose ou, si l'on préfère, à laisser ou à ne pas faire quoi que ce soit qui s'oppose à la prise de possession par le contractant... ce qui est toujours une façon de faire* ».

⁵⁹⁰ A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel – Essai d'un renouveau par le droit des biens*, thèse Paris, 2003, n°168. L'auteur adopte toutefois une autre conception de la mise à disposition et semble y voir un préliminaire à la remise, puisqu'elle ne ferait « *qu'annoncer l'éventuelle remise* », n°166.

classiquement appelé remise comprend le dessaisissement inhérent à la mise à disposition : comment remettre un bien sans s'en dessaisir ? Partant, toute remise comprendrait nécessairement une mise à disposition. Toutefois, la seule réalisation de la mise à disposition ne consommerait pas la remise puisqu'elle n'est pas en mesure de faire directement acquérir un pouvoir sur le bien au bénéficiaire qui doit alors s'en saisir. La remise serait donc la combinaison de la mise à disposition et de l'appréhension de la chose, consécutive à ce dessaisissement. Première étape de la remise de la chose, la mise à disposition peut ainsi être définie comme l'abandon d'un pouvoir qu'exerce une personne sur une chose au profit d'un bénéficiaire.

2. Le vaste champ d'application de la notion de mise à disposition

113 - L'indifférence de la nature du pouvoir octroyé. Le recours au concept de mise à disposition ne préjuge en rien du pouvoir que l'*accipiens* peut acquérir sur la chose. L'aspect primordial de la notion semble se situer dans l'abandon par le débiteur du pouvoir qu'il entend laisser au créancier bénéficiaire. Le pouvoir en cause sur la chose peut aussi bien être une possession qu'une simple détention précaire. Il est, en effet, souvent affirmé que le bail constitue un contrat de mise à disposition⁵⁹¹ puisque « *ce qui caractérise le bail réside précisément dans cette obligation d'assurer la jouissance de la chose, le loyer constituant le prix de cette jouissance* »⁵⁹². Or il est tout aussi classiquement affirmé que le bail n'opère la mutation que de la simple détention précaire et non de la possession⁵⁹³. Néanmoins, à l'occasion d'un contrat de vente dans lequel le transfert de la propriété est différé, l'objet de la mise à disposition à la charge du vendeur est de permettre à l'acquéreur d'obtenir la possession de la chose. Il est, dès lors, possible d'affirmer que la nature du pouvoir octroyé par la mise à disposition ne dépend que du pouvoir dont se dessaisit le *tradens*.

⁵⁹¹ V. par ex. J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°21105, « le bail est un contrat par lequel on met une chose à la disposition d'autrui pour en faire usage » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°251, « la prestation caractéristique du bail réside dans la mise à disposition d'une chose à titre temporaire » ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°493. Pour une utilisation de l'expression "mise à disposition" par la jurisprudence en matière de bail, V. par ex. Cass. civ. 3^e, 13 février 2002, Bull. civ. III, n°40.

⁵⁹² A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°302 ; sur cette obligation V. *Infra*, n° 180 et s.

⁵⁹³ Le bailleur reste alors possesseur de la chose, mais il la possède *corpore alieno* ou *animo solo*.

Dans l'hypothèse où la mise à disposition n'a pour objet que le transfert de la détention, celui-ci ne se dessaisit que du *corpus*. L'objet de la mise à disposition est d'ailleurs similaire lorsque l'opération consiste en la mise en possession du bénéficiaire. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de vente dans lequel la propriété est transférée instantanément, le vendeur a déjà renoncé à l'*animus* par le contrat, lequel a été transféré parallèlement au droit transmis⁵⁹⁴. Le *tradens* n'est alors plus possesseur et ne peut, à ce titre, que transférer la détention du bien. Dans certaines situations néanmoins, l'objet de la mise à disposition est la possession du bien. Tel est notamment le cas lorsque dans le contrat de vente a été stipulée une clause de réserve de propriété⁵⁹⁵. La mise à disposition consiste alors pour le *tradens* à renoncer non seulement au *corpus*, mais également à l'*animus*. La mise à disposition d'un bien ne consistant qu'en la dessaisine du *tradens* – la perte du pouvoir matériel exercé sur la chose – la nature du pouvoir transféré n'entre pas en jeu dans la qualification. L'objet de la mise à disposition ne peut ainsi être déterminé catégoriquement, tout dépend de la nature du contrat en exécution duquel elle intervient.

114 - L'indifférence du caractère temporaire du pouvoir acquis. Une opération tendant à la mise à disposition est fréquemment qualifiée de la sorte en contemplation de son caractère temporaire. Ainsi, selon une partie de la doctrine, elle n'emporterait la mutation d'un pouvoir que pour un temps limité⁵⁹⁶. Une telle conception de la notion peut notamment s'appuyer sur un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 7 mai 1969 affirmant de façon péremptoire que « *mettre à la disposition c'est conférer à quelqu'un l'usage et l'utilisation d'une chose tout en conservant sur cette dernière le droit de la reprendre à plus ou moins brève*

⁵⁹⁴ V. *Supra*, n° 32.

⁵⁹⁵ V. *Supra*, n° 107.

⁵⁹⁶ En ce sens, V. A. SÉRIAUX, *Droit civil, Contrats civils, op. cit.* n°47, et du même auteur, *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, RTD civ. 1994, p.801, « la possession peut être qualifiée de provisoire lorsqu'elle est fondée sur un titre qui ne confère au possesseur qu'un droit à la mise à disposition, forcément momentanée [nous soulignons], du bien, soit en vue de son utilisation (bail, prêt), soit, à plus forte raison, en vue de sa seule conservation (dépôt, séquestre) » M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats – Les contrats de la distribution*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n°41 ; P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, J.-Cl. *Contrats – Distribution*, fasc. 2070, *Contrats de mise à disposition*, n°10, « le contrat de mise à disposition n'a en principe, qu'un caractère temporaire » ; M.-A. RAKOTOVAHINY, *Le contrat de mise à disposition d'une chose : un contrat par défaut ?*, préc., « la conclusion d'un contrat de mise à disposition, même si elle n'est pas consciente, correspond au besoin d'une chose pour un usage précis et limité, le temps d'une mission » ; S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Les conventions de mise à disposition en droit rural*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.303, spéc. p. 326, le bénéficiaire d'une mise à disposition, ne peut « *jamais en disposer* » ; Rapp. S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, op. cit., n°3, qui estime que la mise à disposition n'est susceptible d'emporter que la détention de la chose et, partant, oblige nécessairement le bénéficiaire à restituer.

échéance »⁵⁹⁷. Dans cette acception, la mise à disposition impliquerait nécessairement une restitution de la chose à l'échéance du contrat. Cependant, les diverses études menées pour tenter de définir la notion de mise à disposition s'inscrivent dans une tentative de systématisation de la catégorie des "contrats de mise à disposition". Or si cette catégorie de contrats peut ne viser que les contrats emportant un usage temporaire, cela ne signifie pas que l'opération de mise à disposition, en elle-même, emporte toujours une emprise sur la chose à titre précaire. L'opération que constitue la mise à disposition semble recouvrir une réalité plus large.

Comme en attestent certains arrêts de la Cour de cassation, la délivrance en tant qu'exécution du contrat de vente est fréquemment analysée comme une mise à disposition⁵⁹⁸, mais cela ne signifie pas que la vente est un contrat de mise à disposition. La mise à disposition, nécessaire en vue de l'exécution d'une vente, ne saurait être considérée comme emportant une mutation du bien à titre temporaire. Ce constat amène certains auteurs à considérer que, lorsqu'elles interviennent en exécution d'un transfert de propriété, il ne s'agit que de « *fausses mises à disposition* »⁵⁹⁹. La critique peut toutefois être dépassée, en considérant que la délivrance consiste non pas en une mise en possession mais en un simple dessaisissement, correspondant pleinement à la notion de mise à disposition⁶⁰⁰. De plus, refuser de lier délivrance et mise à disposition semble attacher trop d'importance à la source de cette mise à disposition. L'opération en question n'est pas liée au transfert du droit mais au contrat : dès lors l'obligation de délivrance ne doit pas être rattachée au transfert de propriété. Cette affirmation trouve tout son sens lorsque le transfert du droit est retardé. Le vendeur doit opérer la délivrance de la chose alors même qu'il est toujours propriétaire du bien : la délivrance ne suit pas le transfert du droit mais le précède. Ainsi « *détachée du transfert de propriété, l'obligation se relie directement au contrat. Le vendeur doit [délivrer] non plus parce qu'il détient la chose d'autrui, mais parce qu'il est vendeur* »⁶⁰¹. L'étude menée permet d'affirmer que la notion de mise à disposition ne doit pas être influencée par un éventuel effet translatif de propriété du contrat duquel elle procède. Il est donc possible d'affirmer que l'expression "mise à disposition" peut être utilisée tant en matière d'octroi d'un

⁵⁹⁷ Cass. crim. 7 mai 1969, Bull. crim. n°158.

⁵⁹⁸ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1996, Bull. civ. I, n°147, « *il incombait au vendeur de prouver qu'il avait mis la chose vendue à la disposition de l'acheteur dans le délai convenu* » ; Cass. com. 17 avril 1961, Bull. civ. IV, n°163, « *dès lors [que les juges] constatent qu'une marchandise individualisée a été mise à la disposition de l'acheteur* ».

⁵⁹⁹ P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, J.-Cl. *Contrats – Distribution*, fasc. 2070, *Contrats de mise à disposition*, n°101 et s.

⁶⁰⁰ V. *Infra*, n° 115 et s.

⁶⁰¹ R. DECCOTIGNIES, *L'exécution de l'obligation de délivrance*, préc., n°3.

pouvoir sur un bien à titre temporaire qu'à titre définitif⁶⁰². Aussi, la précarité ne semble-t-elle pas constituer un élément fondamental de la notion de mise à disposition ; la restitution n'est pas irréductible de cette opération. L'essence de ce concept paraît se trouver, avant tout, dans l'octroi au bénéficiaire d'une certaine mainmise, à quelque titre que ce soit, sur la chose. En résumé, l'opération de mise à disposition d'une chose vise à permettre de conférer à l'accipiens « *un certain pouvoir sur le bien qui n'est pas sans rappeler, mais hors du domaine contractuel, celui qui est conféré aux héritiers sur une universalité par la saisine ou l'envoi en possession* »⁶⁰³. Définie comme un moyen d'octroyer à son bénéficiaire un pouvoir sur un bien, la notion de mise à disposition semble convenir afin de cerner l'aspect matériel de la délivrance.

B. L'application de la notion de mise à disposition à la délivrance

115 - Les conséquences de l'assimilation de la délivrance à la mise à disposition. « *La délivrance même n'est pas, à parler exactement, le dernier acte de propriété ; mais un simple défailement et un abandonnement corporel de la chose aliénée* »⁶⁰⁴. Sans rattacher directement la délivrance à la notion de mise à disposition, PUFENDORF pose les bases d'une définition moderne de l'obligation principale du vendeur. L'idée selon laquelle la délivrance se réalise par un dessaisissement de la chose la rapproche particulièrement de la mise à disposition. Employée à "l'état brut", cette notion laisserait entendre que le vendeur pourrait se permettre de rester pleinement passif après avoir cessé son emprise sur le bien. Aussi, cette affirmation doit-elle être nuancée, ce qui permet de révéler un double aspect propre à l'obligation de délivrance (1). Il apparaît, par ailleurs, que si l'obligation du vendeur se limite au fait de ne pas retenir le bien, elle ne peut emporter par elle-même l'acquisition de la chose pour l'acheteur, celui-ci étant alors tenu de venir la retirer. Dès lors, il semble possible d'opérer une distinction entre l'obligation de délivrance et une opération plus générale permettant véritablement l'acquisition du bien (2).

⁶⁰² En ce sens V. G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTD civ. 2001, p. 41, spéc. n°8.

⁶⁰³ S. MAZEAUD-LEVEUR, *Les conventions de mise à disposition en droit rural*, préc., p. 326.

⁶⁰⁴ S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, traduction de J. Barbeyrac, T. I, 1732, Bale, Bibliothèque de philosophie juridique, rééd. 1989, Livre IV Chap. IX, § VIII.

1. La double facette de la délivrance envisagée comme une mise à disposition

116 - L'aspect passif de la délivrance. S'il est possible de considérer, à la suite de la majorité des auteurs, que la délivrance s'analyse comme une mise à disposition de la chose à l'acheteur, il semble que le vendeur puisse se permettre de rester passif quant à la chose. Celui-ci n'a pas à la remettre matériellement à l'acheteur, il doit simplement cesser d'exercer une emprise sur le bien. La délivrance apparaît alors comme un moyen permettant la réalisation d'un but constitué par la prise de possession par l'acheteur. L'objet est de permettre l'entrée en possession par l'acheteur qui consiste dans « *la mise en situation d'exercer les prérogatives de propriétaire plus que dans leur exercice effectif* »⁶⁰⁵. Le vendeur doit avant tout ne pas empêcher l'acheteur d'exercer son obligation de retirement ; délivrer « *c'est laisser la chose à la disposition de l'acheteur pour que celui-ci puisse s'en emparer* »⁶⁰⁶. L'analyse de la délivrance proposée semble confirmée par l'article 1607 du Code civil en matière de délivrance de droits incorporels. Il précise que la délivrance de tels droits peut notamment s'opérer « *par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». Dans cette situation, le simple fait que le vendeur laisse l'acquéreur user des droits en question réalise la mise à disposition. Suivant cette proposition, il est possible de considérer qu'un simple comportement passif du vendeur à l'égard de la chose suffit à opérer la délivrance : il doit cesser d'exercer le *corpus*. Comme le note un auteur, dans la définition de la délivrance « *ce n'est pas la référence à "puissance et possession" qui est gênante, c'est le transport qui va trop loin, dès lors que la seule chose exigée du débiteur de la délivrance, sauf stipulation particulière, n'est pas transport, transfert, remise, livraison, tradition réelle (...) mais (...) simple mise à disposition* »⁶⁰⁷. Le *tradens* n'apparaît pas comme la partie déployant l'activité principale, « *il doit laisser prendre possession, il doit s'abstenir de tout acte qui gênerait la prise de possession par l'acquéreur, qui d'ailleurs s'appelle accipiens. Celui-ci doit se mettre en possession* »⁶⁰⁸. La passivité nécessaire du vendeur quant à la

⁶⁰⁵ T. REVET, *L'article 2279 du code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés*, note sous Cass. Com. 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 348.

⁶⁰⁶ V. par ex. Cass. com. 8 juillet 1965, Bull. civ. IV, n° 435, le vendeur « *ne pouvait invoquer les dispositions de l'article 1657 du code civil, faute pour lui d'avoir (...) mis (...) l'acheteur en mesure d'en effectuer le retirement* » ; Adde, H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, *op. cit.*, n°934.

⁶⁰⁷ G. CORNU, RTD civ. 1979, p. 810, note sous Cass. civ. 3^e, 3 janvier 1979.

⁶⁰⁸ A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, T. 1, Paris, Sirey, 1935, p. 221, l'auteur poursuit son raisonnement et affirme clairement qu'« *un peu partout existe un flottement regrettable, né de l'idée fausse que le vendeur a un rôle actif* ».

chose ne signifie cependant pas qu'il peut se permettre d'être totalement passif quant au bénéficiaire ; une attitude purement passive pourrait être de nature à empêcher l'acheteur de prendre possession du bien⁶⁰⁹.

117 - L'aspect actif de la délivrance. Le vendeur tenu de délivrer le bien doit, dans un premier temps, abandonner sa possession, c'est-à-dire « *s'abstenir de tout acte qui pourrait empêcher l'acheteur de s'en emparer* »⁶¹⁰. Dans un second temps, il est tenu de déployer une certaine activité ; en effet, le seul délaissement de la chose ne saurait suffire à permettre une réelle entrée en possession de l'acheteur. La mise à disposition du bien doit être « *complète* »⁶¹¹ : le débiteur de la délivrance doit à ce titre effectuer différentes opérations matérielles permettant au créancier de procéder à l'enlèvement. Ainsi, par exemple, si la vente porte sur des choses de genre, le vendeur doit procéder à l'opération matérielle d'individualisation. En matière immobilière, si le vendeur ne peut, bien entendu, remettre matériellement le bien, il doit au moins remettre les clefs du bâtiment, afin de permettre à l'acheteur d'investir les lieux⁶¹². Les exemples traduisant la nécessaire activité du vendeur en matière immobilière sont nombreux. Le vendeur est donc, suivant la jurisprudence, tenu de procéder au bornage du terrain cédé⁶¹³. Dans le même ordre d'idées, la première Chambre civile de la Cour de cassation a pu affirmer que « *le vendeur d'immeuble manque à son obligation de délivrance lorsqu'il se cantonne dans une attitude purement passive [et] qu'il doit vider l'immeuble et l'évacuer, s'il l'occupe lui-même, le faire vider et évacuer à ses frais, s'il est occupé par un tiers qui n'a pas de droit opposable à l'acheteur* »⁶¹⁴. C'est également à ce titre que lorsque le bien est vendu libre de charges, il est tenu de procéder à la radiation des inscriptions de privilèges grevant l'immeuble⁶¹⁵. Dès lors, la délivrance envisagée comme une mise à disposition ne se limite pas à une simple attitude passive, elle induit nécessairement la réalisation

⁶⁰⁹ En ce sens V. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, *op. cit.*, n°935.

⁶¹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAINAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVII, *De la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n°293.

⁶¹¹ A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, *op. cit.*, n°21.

⁶¹² Art. 1605 C. civ. « *l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété* ».

⁶¹³ Cass. civ. 3^e, 8 février 1982, Bull. civ. III, n°37.

⁶¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1967, Bull. civ. I, n°139 ; V. également, CA Paris, 23 février 1978, JCP N. 1978, II, 234, « *L'obligation de délivrance exige que le vendeur livre l'immeuble libre d'occupant et, si besoin est, le fasse évacuer s'il est occupé par une personne ne disposant d'aucun droit opposable à l'acquéreur* » ; CA Versailles, 5 avril 1996, RD imm. 1996, p. 388, qui prononce la résolution du contrat en raison de l'inexécution de l'obligation de délivrance par le vendeur car le terrain vendu était occupé par des nomades.

⁶¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 1963, Bull. civ. I, n°452 ; D. 1964, p. 33, note P. VOIRIN ; JCP 1964, II, 13485, note J. MAZEAUD ; Rapp. Cass. civ. 3^e, 8 février 1983, Bull. civ. III, n°37, sur l'obligation de provoquer le bornage.

d'actes matériels traduisant la volonté du vendeur de cesser d'exercer son pouvoir sur la chose. Il doit donc faire « *tout ce qui dépendait de lui pour que l'acheteur puisse tirer de la chose les profits que doit normalement en tirer un propriétaire* »⁶¹⁶. L'abandon du pouvoir sur la chose ne semble donc pas se réaliser en un trait de temps. L'obligation de délivrance apparaît, au contraire, comme une opération complexe mélangeant passivité et activité de la part du *tradens* : la mise à disposition⁶¹⁷. Ainsi, « *l'obligation de délivrance se transforme, son contenu s'enrichit d'éléments nouveaux. L'exécution de l'obligation du vendeur cesse de se confondre avec la mise en possession, acte matériel aux contours nettement définis. Pour faire la délivrance il faut que le vendeur déploie une certaine activité. Il doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour mettre la chose à la disposition de l'acquéreur* »⁶¹⁸. L'obligation de délivrance peut donc être envisagée uniquement comme une étape de la mise en possession. Elle apparaît non plus comme une « *coquille vide* »⁶¹⁹, mais comme une notion d'une richesse telle qu'elle renferme différentes réalités. Si la diversité des modes d'exécution est avérée, il est également possible de discerner une véritable polysémie dans l'emploi du terme même de délivrance.

2. La mise en lumière d'une distinction entre obligation et opération de délivrance

118 - La mise à disposition, acte matériel incomplet ? La notion d'obligation de délivrance semble devoir être détachée de la définition posée par l'article 1604 du Code civil. Bien qu'originellement conçue comme un acte opérant la mutation de la possession, l'idée qu'elle puisse engendrer le moindre transfert de pouvoir est à relativiser. Il est, en effet, suggéré d'analyser la délivrance à l'aune du concept de mise à disposition. Dès lors, celle-ci peut être pleinement réalisée par le

⁶¹⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, par J. HAMEL, *Traité pratique de droit civil français*, T. X, *Contrats civils, première partie*, op. cit., n°71.

⁶¹⁷ V. Cass. civ. 2^e, 9 mai 1951, (4 arrêts), Bull. civ. II, n°165, retenant que la délivrance peut être considérée comme effectuée « *du fait [que les biens] ont fait l'objet d'une confirmation régulière d'achat avec désignation, expressément acceptée par l'acheteur, des récipients les contenant et qu'ils peuvent être retirés par celui-ci* » (1^{er} arrêt), ou « *du fait que le marché portait agrégation, individualisation de la marchandise et sa mise à la disposition de l'acheteur pour la retirer à son gré* » (3^e arrêt). V. également, Cass. civ. 2^e, 11 décembre 1951, Bull. civ. II, n°381, « (...) *du moment que le marché litigieux constituait une vente en bloc, la stipulation que les retraits seraient effectués aux besoins de l'acheteur représentant une mise à disposition de celui-ci, libre dès cette date de retirer la marchandise* ».

⁶¹⁸ R. DECCOTIGNIES, *L'exécution de l'obligation de délivrance*, préc., n°3.

⁶¹⁹ Selon l'expression de S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, thèse Grenoble, 1999, n°402.

seul dessaisissement du *tradens* envers l'*accipiens* ; le premier met tout en œuvre pour permettre au second d'obtenir une emprise sur le bien. Or si la délivrance peut ne consister qu'en une renonciation au pouvoir sur le bien, il est douteux qu'elle emporte mécaniquement la reconstitution de ce pouvoir chez le bénéficiaire. La conclusion à tirer est alors implacable : l'exécution de l'obligation de délivrance, en tant que mise à disposition d'un bien, n'opère pas, du seul fait de sa réalisation, le transfert d'un pouvoir sur ce bien. La situation semble certes paradoxale, l'obligation de délivrance est « *nécessaire, indispensable même pour que le droit que la volonté a créé, pour que la propriété que le consentement a transmise puisse s'exercer* »⁶²⁰ ; néanmoins, elle est impuissante à emporter la mutation du pouvoir. L'exécution de cette obligation doit, en principe, permettre d'aligner le fait sur le droit⁶²¹ : tant qu'elle n'a pas été réalisée, bien que l'acheteur soit propriétaire de la chose vendue, il n'est pas matériellement en mesure de l'utiliser. Toutefois, puisque la délivrance ne consiste qu'en une mise à disposition, c'est de son propre fait que l'acheteur obtient le pouvoir sur la chose. Du seul fait de son exécution, la délivrance ne permet pas nécessairement à l'acheteur d'exercer matériellement son pouvoir juridique. Le rôle de l'obligation de délivrance doit donc être redéfini : elle n'emporte pas le transfert de la possession, ni même de la détention de la chose, elle ne fait que permettre l'acquisition de ce pouvoir. Ainsi, l'obligation de délivrance est avant tout une question de potentialité, une fois celle-ci exécutée, l'acheteur peut venir retirer le bien et acquérir le pouvoir. Elle tend vers l'octroi d'un pouvoir mais n'en consomme pas le transfert : une fois celle-ci exécutée, le bénéficiaire ne peut encore se prétendre titulaire du pouvoir matériel sur le bien. Elle apparaît, en ce sens, comme un acte juridiquement incomplet. Elle n'est pas autosuffisante à emporter la mise en possession.

119 - L'éventualité d'une distinction entre obligation de délivrance et opération de délivrance. Comme le note un auteur, la mise en possession pleine et entière de l'acheteur, c'est-à-dire l'acquisition du pouvoir matériel sur la chose, ne se réduit pas à l'exécution de l'obligation de délivrance. Elle « *ne comprend pas, comme on le croit, un seul acte, mais une série de petits actes, tels qu'ils se produiront dans l'exercice journalier du droit* »⁶²². L'ensemble de ces actes n'est d'ailleurs pas de la seule compétence du vendeur. L'activité de l'acheteur est déterminante dans la prise de possession. Seule la combinaison de l'action du *tradens* et de l'*accipiens* emporte l'acquisition de ce pouvoir : « *le notaire donne la clé ; l'acquéreur ouvre la porte ; il*

⁶²⁰ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. XVI, par DUVERGIER, *op. cit.*, n°246.

⁶²¹ M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, *op. cit.*, n°1.

⁶²² A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, préc.

*fait feu, flamme et fumée dans la pièce principale de la maison ; il prend une motte de terre ou une branche d'arbre prise dans le jardin »*⁶²³. L'affirmation peut cependant surprendre ; en effet, il est topique d'affirmer que la délivrance « *est la vente exécutée, (...), l'acte sans lequel le but que se sont proposé les parties ne serait pas atteint* »⁶²⁴. Semble alors se dessiner une distinction entre le but que les parties souhaitent atteindre en concluant le contrat et l'obligation qu'est tenu de réaliser le débiteur qui participe à la réalisation de ce but. L'objectif poursuivi par les parties est, sans avoir nécessairement égard au droit transféré, de conférer l'utilité économique du bien à l'acheteur⁶²⁵ et donc de lui en accorder la possession. En ce sens, il semble que la délivrance, entendue non comme une obligation du vendeur mais plutôt comme une opération économique entraîne effectivement la prise de possession. Cette opération de délivrance ne se limite pas à la seule mise à disposition du bien, car elle doit être complétée par le retraitement ou l'enlèvement. Suivant cette proposition, le vendeur est bien tenu d'une obligation de délivrance qui matériellement s'exécute par la mise à disposition. Néanmoins, la perfection de la délivrance, prise dans le sens plus large d'opération économique, est subordonnée à l'activité de l'acheteur. Si l'obligation de délivrance ne concerne que le vendeur, l'opération de délivrance est plurale car elle ne peut se réaliser qu'autant que les deux parties exercent une activité. L'obligation de délivrance n'est alors qu'une facette d'une opération économique plus large. Une telle analyse distinguant l'obligation de délivrance et l'opération de délivrance permet d'atténuer les critiques portées à l'encontre de l'article 1604 du Code civil. Considérant que cet article porte non sur l'obligation mais sur l'opération, il redevient envisageable d'affirmer que la délivrance est le transport de la chose en la possession de l'acheteur⁶²⁶.

120 - Synthèse. La mise en possession volontaire issue d'un rapport contractuel se décompose donc nécessairement en trois temps. Tout d'abord une mutation du droit réel puisque la possession n'est susceptible de s'exercer qu'en contemplation d'un tel droit⁶²⁷. Ensuite, une mise à disposition du bien par laquelle

⁶²³ E. BONVALOT, *Histoire du droit et des institutions de la Lorraine et des trois Evêchés*, T. I, Paris, F. Pichon, 1895, p. 42 et 44.

⁶²⁴ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. XVI, par DUVERGIER, *op. cit.*, n°245.

⁶²⁵ F. JACQUOT, *Du contrat de vente au droit de la vente*, thèse Nancy, 1988, n°83, « *grâce à la délivrance, l'acheteur est mis en situation de tirer du contrat et du bien qui en est l'objet, toute l'utilité qu'il en attend. L'obligation de délivrance rejoint donc directement ce fondement moderne et concret du contrat, qu'est l'utilité* ».

⁶²⁶ L'affirmation peut toutefois être nuancée, l'article 1604 étant insérée dans un chapitre du Code consacré exclusivement aux obligations du vendeur.

⁶²⁷ V. en ce sens la définition posée par l'Avant-projet de réforme du droit des biens, Art. 543 : « *la possession est l'exercice paisible, public et non équivoque d'un droit par celui qui, alors*

l'ancien possesseur renonce à son pouvoir, s'en dessaisit. Enfin l'enlèvement de la chose par le bénéficiaire qui atteste de sa volonté de se comporter comme le maître de la chose⁶²⁸. Ainsi, alors que la présentation classique fait jouer un rôle primordial au vendeur, en réalité, c'est bien le fait de l'acheteur qui est principal dans la prise de possession. Le rôle de l'activité du vendeur est diminué puisqu'il « *y a toujours un acte extérieur qui réalise le transfert de la possession. Or cet acte extérieur est le fait de l'accipiens. C'est lui qui s'approprie la chose ; cet acte visible est nécessaire pour opérer le changement dans la possession de la chose. Quoi de plus naturel !* »⁶²⁹. Dès lors, la délivrance n'apparaît pas comme une obligation pleinement autonome, mais plus comme le « *fait générateur de l'obligation de retirement* »⁶³⁰.

121 - Conclusion de section : la nécessaire distinction entre mise à disposition, délivrance et remise de la chose. L'émergence de la notion de mise à disposition permet de rendre compte parfaitement de l'aspect matériel de la délivrance. Cette dernière doit tout d'abord être détachée de la remise de la chose au sens traditionnel, c'est-à-dire envisagée comme un fait ponctuel, afin ensuite, de pouvoir être rattachée à la mise à disposition. Puisque l'obligation de délivrance consiste, pour le vendeur, à se dessaisir de la chose, ou plus précisément, à permettre à l'acheteur de venir prendre livraison, elle ne se réduit pas à la tradition réelle. Dès lors, le principal effet de la délivrance ne peut plus être le transfert de la possession du bien à l'acquéreur, mais plutôt la rupture du lien unissant le *tradens* à la chose, à laquelle ne correspond pas nécessairement la recreation mécanique du pouvoir chez l'*accipiens*. Celui-ci ne peut prétendre à un pouvoir matériel tant qu'il n'a pas enlevé la chose. Analysée, à la suite de PUFENDORF, comme un défillement du vendeur quant au bien transmis, la délivrance peut alors être rapprochée de la mise à disposition. Cette notion peut être juridiciée et se rapporte alors à l'idée de laisser volontairement un bien libre de toute emprise afin qu'un bénéficiaire puisse acquérir dessus un certain pouvoir. L'obligation spécifique de délivrance rentre parfaitement dans cette définition puisque le vendeur doit renoncer à toute maîtrise sur la chose, dans le but de permettre à l'acheteur de la retirer. Enfin, une telle acception de l'obligation de délivrance permet de la distinguer d'une opération de délivrance, plus large quant à

même qu'il n'en serait pas titulaire, se comporte, en fait et en intention, comme s'il l'était » (nous soulignons).

⁶²⁸ Rappr. R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué, De la vente*, T. I, Paris, Charles Hingray, librairie éditeur, 5e éd., 1856, n°267, qui affirme que le mécanisme de la tradition se décompose en « *trois éléments : 1° l'abandonnement volontaire de la chose par le propriétaire ; 2° l'appréhension de cette chose par l'acquéreur ; 3° l'intention de la part de ce dernier de se l'approprier* ».

⁶²⁹ A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, préc.

⁶³⁰ G. PIGNARRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, D. 2002, p. 997.

son contenu contenant à la fois l'obligation du vendeur comme l'activité de l'acheteur. Seule l'analyse de la délivrance au sens d'opération incombant aux deux parties et non au sens d'obligation à la charge du vendeur emporte effectivement un transport du pouvoir sur la chose. Envisagée comme une obligation, la délivrance apparaît donc comme un acte, impuissant à lui seul à transférer le bien et devant être nécessairement combiné à une prise de livraison de la part de l'acheteur.

Section II

L'enlèvement de la chose, critère déterminant de la reconstitution de la possession

122 - La prégnance de l'enlèvement dans les contrats emportant la transmission d'une chose. Il paraît naturel que, pour acquérir une certaine emprise sur un bien, l'*accipiens* exerce une certaine activité. Il ne peut se contenter de rester purement passif dans le processus d'acquisition. Dans le cadre d'un contrat de vente, le vendeur peut parfaitement exécuter son obligation de délivrance en renonçant à son pouvoir sur le bien. Toutefois, à la dessaisine doit nécessairement répondre une saisine. Afin de pouvoir obtenir une emprise sur la chose vendue, l'acheteur doit nécessairement l'enlever. L'enlèvement de la chose apparaît ainsi comme le complément nécessaire de la délivrance analysée comme une mise à disposition. Lorsque la vente porte sur des effets mobiliers, l'enlèvement se voit érigé en obligation et prend alors le nom de retirement. De même, lorsque le contrat conclu par les parties est un contrat d'entreprise, l'obligation du maître de l'ouvrage quant à la chose est appelée prise de livraison. Si les conséquences juridiques attachées à ces obligations sont différentes, l'esprit est le même : afin d'obtenir un pouvoir sur le bien, le bénéficiaire doit l'enlever. Bien que le Code n'oblige pas expressément tout acquéreur d'un bien, à quelque titre que ce soit, à effectuer l'enlèvement, il semble toutefois indispensable que l'*accipiens* effectue cette opération afin de pouvoir se prévaloir d'une emprise matérielle. La matérialité de cette activité du bénéficiaire n'est pas toujours perceptible, la dessaisine et la saisine pouvant se réaliser simultanément, notamment lorsque la délivrance s'effectue par une remise de la main à la main. Néanmoins, il est indéniable que dans cette hypothèse les deux temps de l'opération sont bien présents : l'abandon de la chose par le *tradens* et l'acquisition corrélative par l'*accipiens*. Déterminant dans l'opération tendant à transmettre une chose, l'enlèvement, ou prise de livraison, peut ainsi être systématisé en tant que notion juridique (§1), seule sa réalisation permettant d'acquérir un pouvoir sur le bien transmis (§2).

§ 1. La notion d'enlèvement de la chose

123 - La détermination du sens de l'enlèvement. L'enlèvement de la chose est défini comme étant l'« *opération matérielle par laquelle le destinataire retire les marchandises transportées et dont la livraison a été acceptée* »⁶³¹. D'apparence claire, la définition n'est toutefois pas exempte de tous reproches. Elle semble, en effet, lier trop fortement enlèvement et réception qui doivent pourtant être distingués. Aussi, une définition épurée de l'enlèvement paraît-elle seule en mesure de rendre compte de la diversité des situations dans lesquelles cet acte matériel intervient. Il paraît donc plus adapté de définir l'enlèvement d'un bien comme « *l'action de prendre, d'appréhender, d'en assumer la détention* »⁶³². Une telle définition a l'avantage de parfaitement traduire la réalité de l'enlèvement : un acte purement matériel. Cette nécessaire activité que l'*accipiens* doit déployer afin d'être investi de la chose se présente alors comme le complément indispensable de la délivrance (A). Si le Code n'en traite véritablement qu'en matière de vente d'effets mobiliers, sous les traits de l'obligation de retirement, le droit doit pouvoir s'en saisir de façon plus générale afin d'en déterminer la nature (B).

A. Un acte matériel au service de la délivrance

124 - Un enlèvement limité quant à ses effets mais important quant à son champ d'application. Du fait de l'absence d'une définition claire de la notion d'enlèvement en droit français, l'activité de l'*accipiens* quant à la chose est souvent confondue avec des notions qui lui sont proches. Une distinction doit ainsi être effectuée afin de déterminer si les termes dont il est rapproché relèvent ou non de cette opération ; en effet, puisqu'il ne concerne que le déplacement de la chose et ne marque que l'acquisition d'une emprise sur celle-ci, il ne semble préjuger en rien de ses qualités (1). La mise en lumière d'un acte aux effets juridiques limités au seul pouvoir sur la chose, permet d'expliquer sa prégnance dans les contrats portant sur la transmission d'une chose (2).

⁶³¹ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V^o *enlèvement*.

⁶³² P.-G. JOBIN, *La vente*, éd. Yvon Blais, Québec, 2^e éd. 2001, n^o184.

1. Les différentes acceptions de l'enlèvement

125 - La proximité entre enlèvement et retirement. L'emploi des termes "enlèvement de la chose" renvoie à différentes notions manifestant l'acquisition d'un pouvoir sur la chose de la part de l'*accipiens*. S'il se rapproche de certaines de ces notions, il doit parfois en être distingué. Tout d'abord, l'enlèvement doit être rapproché du retirement qui est défini comme l'« *action, pour l'acheteur, de retirer la chose vendue du lieu où le vendeur doit, en vertu de l'obligation de délivrance, la tenir à sa disposition* »⁶³³. Prévue par l'article 1657 du Code civil, l'obligation faite à l'acheteur de retirer la chose a un champ d'application limité ; en effet, elle ne trouve à s'appliquer qu'en matière de vente de meubles corporels et d'effets mobiliers⁶³⁴. De même, contrairement à l'obligation de payer le prix, le retirement ne peut être qualifié d'obligation essentielle mais seulement d'obligation relevant de la nature du contrat⁶³⁵. Aussi une clause de renonciation, par laquelle le vendeur renonce au droit d'invoquer le bénéfice de l'article 1657, est-elle parfaitement valable et n'entraîne pas une requalification du contrat⁶³⁶. Le retirement apparaît comme le mode d'enlèvement de la chose envisagé comme une obligation, en matière de vente mobilière.

L'exécution de cette obligation ne préjuge toutefois en rien de la qualité de la délivrance. Étudiant l'effet du retirement à la lumière du droit allemand, un auteur a pu affirmer que si le retirement est l'acceptation de la prestation du vendeur « *à titre de paiement* »⁶³⁷, il n'est pas l'acceptation du paiement. Ainsi, par le retirement l'acheteur admet que la délivrance a été exécutée et « *la reçoit matériellement* »⁶³⁸, mais il n'admet pas nécessairement que la prestation est satisfaisante. Le retirement, « *n'équivaut pas à l'acceptation de [la délivrance] comme étant conforme* »⁶³⁹ : il n'est

⁶³³ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V° *retirement*.

⁶³⁴ Retenant toutefois une obligation de retirement à la charge de l'acheteur en matière immobilière, V. J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, n°11430, « *l'obligation de retirer, ou prendre livraison, vaut pour toutes sortes de choses, mobilière ou immobilière* ».

⁶³⁵ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T.III, *Traité du contrat de vente*, op. cit., n°290, « *c'est une des obligations qui naissent de la nature du contrat, que celle que contracte l'acheteur d'enlever les marchandises qui lui ont été vendues* ».

⁶³⁶ Cass. com. 21 avril 1950, Bull. civ. IV, n°133.

⁶³⁷ H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, préface Ph. RÉMY, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'université de Poitiers, 2005, n°22. L'auteur se réfère ici au § 363 du BGB qui distingue l'acceptation à titre d'exécution (*Annahme als Erfüllung*) et l'acceptation de l'exécution (*Annahme an Erfüllung*) ;

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ *Ibid.* La délivrance d'une chose non conforme aux stipulations contractuelles entraîne la résolution de la vente, et éventuellement la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation, sans même que le créancier ait à établir que la présence d'un vice (V. par exemple,

pas l'agrégation de la livraison⁶⁴⁰. Si la distinction ne semble pas admise par tous les auteurs⁶⁴¹, elle permet toutefois de bien marquer la frontière entre le fait matériel par

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, CCC, 1992, n°130, note L. LEVENEUR). La conformité (Art. 1616 et s. C. civ.) s'entend de la contenance contractuellement prévue, de l'identité convenue, et de la qualité de la chose. Un temps, la doctrine et la jurisprudence ont peiné à établir la distinction entre cette obligation et la garantie des vices cachés (sur laquelle V. *Supra*, n°171). Inspirée par un courant doctrinal visant à étendre le champ d'application de la délivrance conforme (V. par ex., M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préface, P. CATALA, LDGJ, Bibliothèque de droit privé T. 122, 1972, spéc. n°119 ; Ph. Le TOURNEAU, *Conformités et garanties dans la vente de meubles corporels*, RTD com. 1980, p. 231, spéc. n°62. L'idée récurrente de ces théories étant d'admettre que la conformité de la chose s'entend aussi bien de sa conformité matérielle que de « son aptitude à satisfaire l'usage que l'acquéreur en ferait ; une conformité fonctionnelle », P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, n°178, p. 142) et par la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises (qui ne distingue pas entre conformité et vices cachés, art. 35-1 et 35-2), la première Chambre civile de la Cour de cassation retenait systématiquement l'application de la responsabilité du vendeur pour inexécution de l'obligation de délivrance et excluait la garantie des vices cachés en précisant que la première « ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tout point au but recherché » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, Bull. civ. I, n°140 ; D. 1990, IR p. 178 ; Adde, Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 1991, Bull. civ. I, n°41 ; JCP 1992, II, 21935, note C. GINESTET. L'Assemblée plénière et la Chambre commerciale se sont ralliées à cette opinion, Cass. A. P. 7 février 1986, Bull. A.P. n° 2 p. 2, et Cass. com. 22 mai 1991, Bull. civ. IV, n°176 ; Cass. com. 18 février 1992, Bull. civ. IV, n°82). La troisième Chambre civile restait quant à elle plus attachée à la distinction entre garantie des vices cachés et délivrance conforme (V. par ex. Cass. civ. 3e, 25 janvier 1989, Bull. civ. III, n°20). Suite aux critiques d'une partie de la doctrine dénonçant la confusion entre les deux actions (V. par ex. O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'action et le contrat de vente*, D. 1989, chron. p. 237), la première Chambre civile est, semble-t-il revenue à plus « d'orthodoxie » (P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n°178, p. 143). Elle retient, en effet, un « critère conceptuel » (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°285), de distinction entre le vice et la non-conformité. Aujourd'hui, « le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale » (Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, Bull. civ. I, n°362, RTD Com. 1994 p. 544, note B. BOULOC ; cette position est depuis également retenue par la Chambre commerciale, V. not. Cass. com. 26 avril 1994, Bull. civ. IV, p. 159, CCC, 1994, comm. 134, note L. LEVENEUR ; plus récemment V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, inédit, pourvoi n°01-14195) relève de la garantie des vices cachés. L'action en délivrance conforme se voit donc réduite à la seule conformité aux prévisions contractuelles. Il peut toutefois être précisé que la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation, telle qu'elle a été transposée par l'ordonnance du 17 février 2005 ratifiée par la loi du 5 avril 2006, fusionne l'obligation de délivrance conforme et celle de garantir la chose contre les vices cachés en une seule obligation. Aujourd'hui le vendeur est tenu, suivant l'article L. 211-4 C. consom. « de livrer un bien conforme au contrat » et « répondre des défauts de conformité existant lors de la délivrance ». La définition de la conformité posée par la loi (art. L. 211-5 C. consom.) affirme que le bien doit être propre à l'usage « habituellement attendu » d'un bien semblable. La transposition de la directive dans le seul Code de la consommation laisse cependant subsister les actions en délivrance conforme et en garantie des vices cachés. Sur ce point, V. par ex. J. CALAIS-AULOY, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité*, RTD civ. 2005, p. 701 ; R. FABRE et D. MAINGUY, *Les nouvelles dispositions gouvernant les contrats et la publicité depuis la loi du 18 janvier 1992*, Cah. dr. entr. 3/1992, p. 20 et s. ; A.-M. LEROYER, *Conformité des biens. Transposition de la directive 99/44*, RTD civ. 2005. 483 ; G. PAISANT, *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties de la vente des biens de consommation*, JCP 2005. I. 146 ; P. RÉMY-CORLAY, *La transposition de la directive 99/44 CE dans le code de la consommation*, RTD civ. 2005 p. 345 ; C. RONDEY, *Garantie de la conformité d'un bien au contrat : la directive du 25 mai 1999 enfin transposée!*, D. 2005, chron. 562. ; O. TOURNAFOND, *La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs. Commentaire de l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999*, D. 2005, chron. 1557.

⁶⁴⁰ V. H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente : dits et non-dits de la Cour de cassation*, note sous, Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, JCP 2010, p. 842.

lequel l'acheteur acquiert une mainmise sur la chose, et l'acte par lequel il constate la qualité de l'exécution de la prestation⁶⁴². Distingué de l'acceptation, le retraitement se rattache parfaitement à l'acte matériel d'enlèvement de la chose : il marque l'acceptation de la chose mise à la disposition de l'acheteur par le vendeur, mais ne concerne pas la qualité de celle-ci.

126 - L'enlèvement distingué de la réception. L'enlèvement de la chose se distingue également de la réception dans le contrat d'entreprise⁶⁴³. Il est, en effet, classiquement admis que la réception est l'approbation donnée par le maître de l'ouvrage du travail effectué par l'entrepreneur⁶⁴⁴, constatant ainsi l'extinction des obligations contractuelles du constructeur⁶⁴⁵. Elle est considérée comme un acte juridique⁶⁴⁶ et paraît donc se distinguer de la prise de la livraison, qui, quant à elle, se rapproche de l'enlèvement. Toutefois, la position n'est pas sans susciter la controverse. Une partie de la doctrine considère, en effet, que réception et prise de livraison doivent être assimilées⁶⁴⁷. Le raisonnement mené consiste à affirmer que prendre livraison revient à recevoir, et que la réception n'est pas « *autre chose que la*

⁶⁴¹ J. HUET, *op. cit.*, n°11432, « le retraitement, qui assure l'exécution d'une obligation pesant sur l'acheteur, a un autre effet : il marque l'acceptation de la chose par ce dernier » ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°193, la réception n'est pas « un simple fait, mais en même temps un acte juridique : cette prise de possession manifeste l'intention de l'acheteur d'accepter la chose telle qu'elle lui est fournie ».

⁶⁴² Le retraitement se distingue également de l'agrément qui est « l'accord qu'il appartient à l'acquéreur de donner ou de refuser après avoir examiné la marchandise » notamment dans le cadre de la vente au goût, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V° *agrément*. L'objet des deux opérations est différent. La première emporte l'acquisition d'un pouvoir sur la chose, alors que la seconde marque l'acceptation du contrat de vente par l'acheteur et emporte à ce titre, le transfert de la propriété et des risques, V. par ex. O. BARRET, *Rep. civ. Dalloz, Vente (2° formation)*, janvier 2007, n°109.

⁶⁴³ En matière de contrat de transport, la situation est toutefois différente. Dans ce cas la réception, visée par L133-3 du Code de commerce se rapproche de l'enlèvement en ce qu'elle se traduit par la prise de possession physique de la marchandise. En ce sens, V. Cass. civ. 3 février 1913, DP. 1914, 1, 63 ; plus récemment, V. CA Rennes, 29 janvier 2004, numéro Jurisdata 2004-279342.

⁶⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1974, Bull. civ. III, n°337.

⁶⁴⁵ CA Paris, 14 décembre 1995, RDI 1995, p. 328, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *Adde*, Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1998, inédit, pourvoi n°96-20588, « la signature du procès-verbal de réception marquait l'exécution des travaux commandés ». La réception, non assortie de réserve décharge l'entrepreneur des vices et des défauts de conformité apparents, (V. en ce sens, Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 1984, RDI 1984, p. 314, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI) et emporte le transfert des risques (Cass. civ. 3^e, 19 février 1986, Bull. civ. III, n° 10) ; *Adde*, P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n°402 ; La réception est également déterminante dans le transfert de propriété, sur ce point, V. *Supra* n° 61.

⁶⁴⁶ Art. 1792-6 C. civ., « la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve (...) ».

⁶⁴⁷ V. par ex. B. BOUBLI, *Rep. civ. Dalloz, V° Contrat d'entreprise*, avril 2003, n°101.

livraison vue du côté du créancier »⁶⁴⁸. Dès lors, la réception et la prise de livraison semblent se confondre lorsqu'elles sont simultanées⁶⁴⁹ ou lorsque la première se réalise tacitement⁶⁵⁰. Les possibilités d'assimilation s'arrêtent néanmoins au seul cas de la simultanéité, de nombreuses hypothèses tendant à la distinction entre les deux opérations⁶⁵¹ que la jurisprudence semble d'ailleurs consacrer explicitement⁶⁵². Ainsi par exemple, il est envisageable que la réception intervienne postérieurement à la prise de livraison, notamment lorsque « *le client ne peut juger du travail sur place ou sur-le-champ* »⁶⁵³. Comme le note un auteur, « *le fait qu'une chose que j'aurais commandée aurait été apportée chez moi et laissée par l'ouvrier avant que je l'eusse vérifiée, même d'après ma recommandation, parce que je n'avais pas alors le temps de la vérifier ne suffirait généralement point pour qu'on dût regarder l'ouvrage comme approuvé et reçu dans le sens de la loi* »⁶⁵⁴. De même, le fait que la jurisprudence valide les clauses stipulant que la prise de livraison vaut réception⁶⁵⁵, s'il est démontré que le maître de l'ouvrage connaissait les conséquences de la prise de possession⁶⁵⁶, démontre avec force que le principe est la distinction entre réception et prise de livraison. Aussi convient-il d'opérer la distinction, dans le contrat d'entreprise, entre la prise de livraison ou enlèvement et la réception : si la première est l'acte matériel

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Tel est notamment le cas lorsque le contrat d'entreprise porte sur la coupe d'un vêtement, dont on peut apprécier la parfaite réalisation en essayant la chose chez le tailleur ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. XII, par R. RODIÈRE, *Contrats civils divers*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1947, n°191 ; pour d'autres exemples V. F. LABARTHE et C. NOBLOT, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n°1078.

⁶⁵⁰ La réception tacite n'étant pas exclue par l'article 1792-6 C. civ., Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1988, Bull. civ. III, n°137. Dans l'hypothèse d'une réception tacite, la prise de livraison peut traduire la réception.

⁶⁵¹ La majorité de la doctrine est en ce sens et distingue la prise de livraison de la réception, V. par ex., F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°737 et 738 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°448 et 449 ; A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°576 et 577 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°770 et 771 ; de façon, semble-t-il, plus nuancée, J. HUET, op. cit., n°32331.

⁶⁵² V. par ex. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2000, Bull. civ. III, n°100 ; Cass. civ. 3^e, 29 mars 2006, Bull. civ. III, n°87 ; Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2007, Bull. civ. III, n°11 ; Cass. civ. 3^e, 10 mai 2007, inédit, pourvoi n°06-12513. Pour un commentaire groupé des trois derniers arrêts cités, V. D. TOMASIN, RD imm. 2007, p. 436.

⁶⁵³ F. LABARTHE et C. NOBLOT, op. cit., n°1080 ; V. par ex. CA Versailles, 18 février 1997, LPA 7 août 1998, n°94, note J. KENGNE, qui affirme que la prise de livraison ne décharge pas des vices apparents car elle n'équivaut pas à la réception.

⁶⁵⁴ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVII, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844, n°253.

⁶⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 4 novembre 1992, Bull. civ. III, n°285 ; RDI 1993, p. 224, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Defrénois 1993, p. 358, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. civ. 3^e, 13 juillet 1993, inédit, pourvoi n°91-13027 ; JCP. éd. N. 1995, p. 938, note T. LEBARS.

⁶⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 27 juin 2001, Bull. civ. III, n°82.

attestant de la prise de pouvoir du bénéficiaire sur la chose, la seconde doit être entendue comme un acte juridique attestant des qualités de la chose. Partant, il serait envisageable de remettre en cause la solution traditionnelle décidant que la réception emporte le transfert de la garde de la chose⁶⁵⁷. Il apparaît que c'est vraisemblablement au moment de la prise de livraison que le maître de l'ouvrage en devient le gardien⁶⁵⁸. C'est, en effet, à ce moment qu'il acquiert réellement les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle sur la chose permettant la détermination du gardien au sens de l'article 1384 du Code civil⁶⁵⁹. La conception se comprend tout à fait, la prise de livraison agit sur le fait – l'acquisition d'un pouvoir matériel sur la chose – alors que la réception agit sur le droit : décharge de responsabilité ou transfert de la propriété et des risques. Or la conception de la garde retenue en droit positif, privilégie « *le pouvoir de fait sur le pouvoir de droit* »⁶⁶⁰, la corrélation semble donc étroite entre l'acquisition d'une emprise matérielle et celle de gardien de la chose.

Essentiellement abordé dans le cadre des contrats translatifs de propriété, l'enlèvement semble recouvrir différentes obligations : retirement dans la vente de meubles corporels, ou prise de livraison dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Un dénominateur commun rassemble néanmoins ces différentes opérations : l'acquisition par l'*accipiens* d'un certain pouvoir sur la chose. En ce sens, l'enlèvement répond parfaitement à la mise à disposition et permet d'achever l'opération de délivrance nécessaire à la transmission d'un pouvoir matériel sur un bien.

2. L'explication de la nécessité de l'enlèvement de la chose

127 - Les fondements proposés de la nécessité de l'enlèvement.

Suivant POTHIER, « *c'est une des obligations qui naissent de la nature du contrat que celle que contracte l'acheteur d'enlever les marchandises qui lui ont été vendues* »⁶⁶¹. Différentes analyses peuvent justifier la nécessité d'un enlèvement de la chose par

⁶⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 10 décembre 1970, Bull. civ. III, n° 690 ; Cass. civ. 2^e, 28 mars 1990, inédit, pourvoi n°89-13215 ; RTD civ. 1991, p. 346, obs. P. JOURDAIN.

⁶⁵⁸ V. liant le transfert de la garde à la remise des clefs (donc à la prise de possession), alors même que l'ouvrage n'avait, selon toutes vraisemblances, pas été réceptionné, CA TOULOUSE, 16 juin 2008, jurisdata n°2008-369675 ; En ce sens, V. égal. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°404, note 732.

⁶⁵⁹ Cass. Ch. réunies, 2 décembre 1941, S. 1941, I, p. 217, note H. MAZEAUD ; DC. 1942, p. 25, note G. RIPERT.

⁶⁶⁰ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n°369.

⁶⁶¹ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T.III, *Traité du contrat de vente*, op. cit., n°290.

l'accipiens. Ainsi, selon certains auteurs, l'obligation de retraitement, en matière de vente, est la conséquence du transfert de propriété dès la conclusion du contrat. Suivant cette analyse, « *puisque l'acheteur est propriétaire depuis l'instant même de la vente, où que la chose se trouve, c'est lui qui doit "venir la chercher", pourvu qu'elle soit mise à sa disposition* »⁶⁶². Les liens entre la mutation de propriété et l'obligation faite à l'acheteur de retirer la chose peuvent effectivement paraître forts. Toutefois, la justification n'apparaît pas pertinente ; en effet, dans l'hypothèse d'une vente conclue avec une clause de réserve de propriété, l'acheteur est également tenu d'une telle obligation alors même qu'il n'est pas encore propriétaire⁶⁶³. Aussi, l'obligation de retraitement ne semble-t-elle pas être une conséquence mécanique de l'aliénation du droit sur la chose. Il apparaît, dès lors, que le fait d'imposer à l'acheteur d'enlever la chose délivrée trouve sa logique dans le principe de la non portabilité des dettes⁶⁶⁴. Puisque le vendeur n'a pas à remettre matériellement la chose, c'est à l'acheteur de venir en prendre livraison⁶⁶⁵. Cette application du droit commun, selon lequel les dettes sont quérables, justifie pleinement la nécessité de l'enlèvement de la chose. C'est également en vertu de ce principe que l'article 1608 du Code civil affirme que, sauf stipulation contractuelle contraire, les frais de l'enlèvement sont à la charge de l'acheteur.

En ce sens, l'enlèvement de la chose est le complément nécessaire de l'obligation de délivrance envisagée comme la mise à disposition de la chose. Comme le note un auteur, « *l'obligation de retraitement commence donc, pour l'acheteur, très exactement là où cesse, pour le vendeur, l'obligation de délivrance* »⁶⁶⁶. Dès que le *tradens* met la chose à la disposition de l'*accipiens* celui-ci doit venir enlever la chose⁶⁶⁷, afin de permettre le dénouement du rapport juridique créé⁶⁶⁸. Il est donc

⁶⁶² A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°174.

⁶⁶³ Constatant l'exécution de l'enlèvement des marchandises malgré la présence d'une clause de réserve de propriété V. par ex. Cass. com. 1^{er} octobre 2002, inédit, pourvoi n°99-16136.

⁶⁶⁴ Sur ce point, V. *Supra* n° 99.

⁶⁶⁵ En ce sens, V. par ex. M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, p. 31 ; L. BIHL, *Le droit de la vente*, Dalloz, 1986, n°454 ; G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, in 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.409 et s., spéc. n°19 ; P. PUIG, P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n°516.

⁶⁶⁶ A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, n°26 ; Adde, J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, op. cit., n°1097, qui estiment que le retraitement est le « corollaire » de l'obligation de délivrance ; L. MAUGER-VIELPEAU, J.-Cl. *Contrats – Distribution*, fasc. 370, *Retraitement*, n°1, selon qui il existe un « *lien indéfectible* » entre retraitement et délivrance.

⁶⁶⁷ En ce sens V. Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, Bull. civ. I, n°272 ; D. 2002, p. 997, note G. PIGNARRE ; RTD com. 2001, p. 208, obs. B. BOULOC ; CCC 2001, p. 14, note L. LEVENEUR.

⁶⁶⁸ C. GIVERDON, *Obligations fondamentales de l'acheteur*, in *La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial*, sous la direction de J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p.241, n°43, « *il faut que l'acheteur, une fois la vente parfaite, débarrasse le vendeur des*

exigé de l'*accipiens* qu'il vienne enlever la chose de l'endroit où son débiteur l'a mise à sa disposition. Dans une acception purement matérielle, l'enlèvement désigne donc l'action « *d'ôter une chose de l'endroit où elle se trouve* »⁶⁶⁹.

128 - Un élément du devoir de coopération de l'*accipiens*. Il est traditionnel d'affirmer que l'enlèvement ou plus précisément le retraitement, en matière de vente de meuble corporel, constitue « *un acte matériel au service de la délivrance* »⁶⁷⁰. Aussi, cette opération ne se limite-t-elle pas à la seule acquisition d'un pouvoir sur le bien, mais doit comporter une série de différents actes traduisant un véritable devoir de coopération⁶⁷¹ de l'acheteur. Celui-ci doit déployer une certaine activité et ne peut rester purement passif lors de la réalisation de la délivrance. Ce second aspect de l'enlèvement de la chose n'est pas visé expressément par le Code civil qui n'envisage, d'ailleurs, l'obligation de retraitement qu'en fonction de la sanction de son inexécution⁶⁷². L'objectif de ces actes est de permettre au vendeur de pouvoir réaliser correctement son obligation de délivrance. En ce sens, si la délivrance constitue bien une obligation à la charge du vendeur, « *c'est aussi un droit pour lui d'effectuer la livraison, d'imposer à l'acheteur le retraitement de cette chose ; comme c'est un droit pour tout débiteur de se libérer à l'époque convenue* »⁶⁷³. Le retraitement prend alors les traits d'une obligation de ne pas paralyser la réalisation de la délivrance. L'acheteur est tenu de fournir les moyens de la livraison, et « *d'accomplir toutes les opérations matérielles qui en sont l'accessoire* »⁶⁷⁴. Dès lors, la jurisprudence retient que l'acheteur doit mettre à la disposition du vendeur des appareils permettant le transport des marchandises, ou « *les sacs, fûts, emballages,*

marchandises qu'il a achetées. Il est nécessaire que les rapports juridiques nés du contrat se dénouent matériellement, le retraitement constitue précisément le dénouement matériel ».

⁶⁶⁹ F. GÉNY, note sous CA Bourges 13 juillet 1943, JCP 1944, II, 2543.

⁶⁷⁰ L. MAUGER-VIELPEAU, préc., n°5 et s.

⁶⁷¹ La reconnaissance d'un devoir de coopération du créancier d'une obligation ne se limite pas au seul contrat de vente. Ce principe est fréquemment rattaché à l'exigence de bonne foi contractuelle, en ce sens, V. A. BÉNABENT, *Rapport français*, in, *La bonne foi*, Travaux de l'association H. CAPITANT, T. XLIII, Litec, 1994, p. 291 et s. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. COUTURIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n°208, 1989, n°91 et s. ; du même auteur, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP 1988, I, 3318. Il emporte à la charge du créancier le devoir de faciliter l'exécution du contrat pour son débiteur. La jurisprudence insiste d'ailleurs particulièrement sur l'obligation de coopération du créancier, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1966, Bull. civ. I, n° 281 ; Cass. com. 20 Octobre 1998, Bull. civ. IV, n°244.

⁶⁷² Sur la sanction en question V. *Infra* n° 132 et s.

⁶⁷³ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, *op. cit.*, n°1126.

⁶⁷⁴ Trib. Comm. Arras 20 octobre 1905, Gaz. Tri., 4 janvier 1906.

containers permettant le conditionnement »⁶⁷⁵. Par ailleurs, il a pu être jugé que l'acheteur n'exécute pas correctement son obligation de retraitement lorsqu'il n'a pas désigné le lieu de livraison⁶⁷⁶, ou encore ouvert le local dans lequel celle-ci devait s'effectuer⁶⁷⁷. La réalisation pleine et entière de la délivrance, prise au sens large d'opération, dépend donc de l'exécution du retraitement. Cette double facette de la prise de livraison, bien que peu étudiée en droit français, se trouve explicitement consacrée en matière de vente internationale⁶⁷⁸.

À ce titre, la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises scinde l'obligation de prise de livraison de l'acheteur en deux obligations spécifiques : celle de retirer les marchandises⁶⁷⁹, proche de l'obligation de retraitement en droit français, et celle d'« *accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de [l'acheteur] pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison* »⁶⁸⁰. L'étendue de ce devoir de collaboration de l'acheteur varie en fonction des stipulations contractuelles. Si la livraison s'opère dans les locaux du vendeur, elle se réduit « *à peu de choses* »⁶⁸¹. Néanmoins, si la livraison implique le transport des marchandises, le devoir prend une véritable ampleur. Ainsi par exemple, si l'acheteur doit conclure le contrat de transport, il doit communiquer au vendeur les documents d'expédition et la date d'expédition⁶⁸². De même, il est tenu d'exécuter certaines formalités administratives « *comme l'obtention et la remise au vendeur d'une licence d'importation ou autre autorisation* »⁶⁸³. Il peut toutefois être précisé que les obligations mises à la charge du vendeur en fonction de son obligation de coopération ne peuvent être étendues « *au-delà de ce qui peut être raisonnablement attendu de lui. Il ne peut en effet être exigé de lui l'accomplissement d'actes inhabituels, qui*

⁶⁷⁵ L. MAUGER-VIELPEAU, préc., n°13, l'auteur se réfère ici à Cass. req. 1^{er} mai 1928, S. 1928, 1, p. 259.

⁶⁷⁶ Cass. req., 22 décembre 1920, DP 1921, 1, p. 37.

⁶⁷⁷ Cass. req., 10 juillet 1918, Gaz. Pal. 1919, 1, p. 471

⁶⁷⁸ En matière de droit européen des contrats, le DCFR, art. IV. A.-3 :104, impose à l'acheteur de retirer les biens délivrés : « *the buyer fulfils the obligation to take delivery by: (a) doing all the acts which could reasonably be expected in order to enable the seller to perform the obligation to deliver; and (b) taking over the goods, or the documents representing the goods, as required by the contract* ».

⁶⁷⁹ Art. 60.b) CVIM.

⁶⁸⁰ Art. 60.a) CVIM.

⁶⁸¹ V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, op. cit.*, n°329.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ K.-H. NEUMAYER, et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, Lausanne, 1993, p. 387. Les auteurs citent également à titre d'exemple de l'obligation de coopération de l'acheteur, l'indication d'horaires locaux, la spécification de la marchandise, ou encore l'indication des conditions climatiques.

l'exposeraient à des frais importants, ou qui se traduiraient par une restriction de ses droits »⁶⁸⁴.

Envisagé expressément ou non par le Code civil, l'enlèvement apparaît comme l'acte indispensable à l'acquisition du bien en ce qu'il répond à la délivrance⁶⁸⁵. Il marque le dénouement des obligations relatives à la transmission de la chose et, en un sens, facilite ce dénouement. Il semble en effet être le support juridique idoine du devoir de l'acquéreur de faciliter l'exécution de l'obligation de son cocontractant. De ce fait, le droit doit se saisir de ce fait matériel afin de lui faire produire des conséquences.

B. L'enlèvement, une opération matérielle saisie par le droit

129 - Une opération méconnue. Puisque l'obtention d'un bien ne peut se faire sans que l'*accipiens* ne déploie une certaine activité, l'enlèvement ou prise de livraison devrait, en principe, être traité expressément par le droit. Il est pourtant permis de noter que peu de dispositions envisagent cet acte. De ce fait, sa nature juridique paraît floue lorsque l'enlèvement ne prend pas les traits du retraitement. Bien qu'il traduise la matérialité indispensable aux opérations portant sur les choses, sa nature semble dépasser les catégories traditionnellement admises en droit français (1). À l'opposé, en matière de vente d'effets mobiliers corporels, le droit s'en saisit avec force : il l'érige en obligation à la charge de l'acheteur et en sanctionne l'inexécution de façon exceptionnelle (2).

1. La matérialité nécessaire à toute opération portant sur une chose

130 - La nature juridique de l'enlèvement. En matière de vente de meubles corporels, l'opération matérielle qu'est l'enlèvement est saisie avec force par le droit qui l'érige en obligation à la charge de l'acheteur. Cette prescription s'explique parfaitement par les impératifs économiques et la nécessité de la circulation des

⁶⁸⁴ V. HEUZÉ, *op. cit.*, n°329.

⁶⁸⁵ L'enlèvement ne se conçoit d'ailleurs qu'autant que le bien a été délivré, V. en ce sens en matière de retraitement, Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, Bull. civ. I, n°166, RTD civ. 1993, p. 376, obs. P.-Y. GAUTIER.

marchandises⁶⁸⁶. De même, puisque le vendeur est tenu de conserver la chose jusqu'au retraitement, il semble logique de contraindre l'acheteur de la retirer et donc de libérer son cocontractant de son obligation de conservation. En matière immobilière, le problème de l'enlèvement semble se poser avec moins d'acuité⁶⁸⁷. La justification tirée de la volatilité des prix des biens meubles n'est pas transposable en matière immobilière, « *les prix n'[y] sont pas assez mobiles pour que de légers retards occasionnent un préjudice appréciable* »⁶⁸⁸. Le contrat de vente prévoit, en principe, la date d'entrée en jouissance de l'acheteur. De plus, l'enlèvement se réduit à « *sa plus simple expression* »⁶⁸⁹ puisque le titre de propriété, manifestant la délivrance, est traditionnellement remis à l'acheteur par le notaire qui rédige l'acte authentique. La nature de l'enlèvement en matière de vente d'immeuble n'est toutefois pas clairement établie⁶⁹⁰. Si l'article 1601-2, s'agissant de vente à terme, semble bien consacrer une obligation d'enlever la chose⁶⁹¹, la spécificité du texte permet difficilement d'en tirer un principe général. Malgré le vide laissé par les textes, la doctrine et la jurisprudence admettent qu'en matière immobilière, l'acheteur est tenu de prendre possession de la chose, à défaut de quoi le vendeur pourrait obtenir des dommages et intérêts en réparation de son préjudice⁶⁹² ou la résolution du contrat en application du droit

⁶⁸⁶ V. *Infra* n° 132 et s.

⁶⁸⁷ En ce sens V. J. PARAMELLE, *De l'obligation pour l'acheteur d'effets mobiliers de prendre livraison*, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1927, « *pour les ventes d'immeubles, l'obligation de prendre livraison est secondaire car dès que la vente est passée, le vendeur est déchargé de la garde de la chose* », p. 17 ; Rapp. J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Litec, 1983, n°535, qui considère que « *les difficultés que suscite l'obligation de l'acheteur de prendre livraison dans les ventes mobilières ne se rencontrent guère dans les ventes d'immeubles existants* » ; F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, Litec professionnel, droit immobilier, 2^e éd., 2007, n°623, qui estiment qu'en matière immobilière, « *l'acquéreur est tenu de retirer la chose vendue* », mais que cette obligation « *n'appelle pas de remarque particulière* ».

⁶⁸⁸ J. PARAMELLE, *op. cit.*, p. 27, l'auteur reprend ici l'explication de J.-E.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs*, n°22, in J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, T. XIV.

⁶⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°342.

⁶⁹⁰ J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°11430, « *à dire vrai, le Code civil n'envisage guère que la vente de biens mobiliers corporels lorsqu'il évoque à l'article 1608 "l'enlèvement" de la chose, pour dire que les frais sont à la charge de l'acheteur. De même, l'article 1657 ne vise qu'eux lorsqu'il dispose que la résolution a lieu de plein droit faute par l'acheteur d'assurer le retraitement à la date convenue* ».

⁶⁹¹ Art. 1601-2 C. civ., « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* », (nous soulignons).

⁶⁹² V. par ex. pour le préjudice causé par le retard dans la prise de livraison, Cass. civ. 26 février 1872, D. 1872, 1, 214.

commun de l'article 1184 du Code civil⁶⁹³. La prise de livraison serait donc toujours une obligation à la charge de l'acheteur⁶⁹⁴.

Néanmoins, la nature de la prise de livraison dans la vente immobilière n'est pas sans rappeler une controverse en droit suisse sur la nature de "l'obligation d'accepter la chose". L'article 211 du Code des obligations suisse dispose, en effet, que « *l'acheteur est tenu de payer le prix conformément aux clauses du contrat et d'accepter la chose vendue, pourvu qu'elle lui soit offerte dans les conditions stipulées* ». Aussi, un débat s'est-il instauré portant sur le point de savoir si ce devoir, consistant non seulement dans l'acceptation mais également dans la prise de livraison, constitue une véritable obligation⁶⁹⁵ ou une simple "incombance"⁶⁹⁶. L'emploi du terme "incombance" peut surprendre ; inconnu du droit français, il signifie, « *une formalité préalable et nécessaire à l'exercice d'un droit* »⁶⁹⁷ ou les « *comportements que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique* »⁶⁹⁸. Les incombances se distinguent alors des obligations, puisqu'en cas d'inexécution, le créancier ne peut en obtenir l'exécution par équivalent. S'il est désormais acquis que les effets du contrat ne se limitent pas à la seule production d'obligations⁶⁹⁹, il serait possible d'affirmer que la prise de livraison en matière immobilière relèverait plus de l'incombance que de l'obligation. L'acheteur d'immeuble doit, en effet, afin d'éviter le désavantage juridique que serait pour lui l'absence de prise de possession de la chose, accomplir la prise de livraison, bien qu'il n'y soit pas spécialement obligé par les textes. Cette analyse est

⁶⁹³ En ce sens V., G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 17, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°594 ; B. GROSS et P. BIHR, *Contrats*, op. cit., n°423 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°342 ; J. HUET, op. cit., n°11430.

⁶⁹⁴ Malgré le peu de références en droit romain quant à la prise de livraison, un texte de POMPINUS semble admettre une telle obligation, D. 19. 1. 9 : « *si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.* » : « *si celui qui a acheté des pierres qui étaient sur ou dans un fonds refuse de les enlever, le vendeur aura action contre lui pour le forcer à le faire* ».

⁶⁹⁵ Soutenant ce point de vue V. par ex. K.-H. NEUMAYER, et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – commentaire*, op. cit., p. 386. Les auteurs semblent se déterminer en fonction de l'état actuel de la jurisprudence et citent deux décisions : Cour de justice de la République et canton de Genève du 18 mai 1979, La semaine judiciaire 1980, p. 410, et Tribunal fédéral de Lausanne, 27 juin 1984, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne, 110, II, 148.

⁶⁹⁶ V. par ex. P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 2^e éd., 1995, p. 73.

⁶⁹⁷ P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Staempfli éditions, Berne, 2^e éd., 2000, p. 53 ;

⁶⁹⁸ P. TERCIER, op. cit., p. 10 ; Rapp. M. FONTAINE, *Fertilisations croisées du droit des contrats*, in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, spéc. p. 360, qui voit dans le devoir de minimiser son propre dommage une incombance ; Adde, S. LICARI, *Pour la reconnaissance de la notion d'incombance*, RRJ 2002, n°2, p. 703 ; S. PIMONT, *Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage (1^{ère} partie)*, RLDC 2004, n°9, spéc. p. 18.

⁶⁹⁹ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.

corroborée par le fait que retenir une obligation de prendre possession pourrait, dans certaines hypothèses, s'avérer particulièrement inutile⁷⁰⁰. Ainsi, dans le cadre d'une vente d'immeuble construit sur le terrain du propriétaire, « *vainement chercherait-on l'intérêt ou la fin utile que poursuivrait une obligation de prendre possession d'une chose qui n'est pas entre les mains de l'entrepreneur et qui, de surcroît, en droit positif, par le jeu de l'accession, n'est pas sa propriété* »⁷⁰¹. Bien que la prise de livraison n'ait guère d'intérêt pour le constructeur – ce qui pourrait exclure la qualification d'obligation – cette opération est toutefois utile au bénéficiaire. La prise de livraison relève ici de la simple incombeance, en ce qu'elle permet à l'*accipiens* de profiter du bien acquis.

131 - Les modes de réalisation de l'enlèvement. L'enlèvement atteste de la prise de pouvoir de l'*accipiens* sur la chose transmise. Aussi, doit-elle comprendre la matérialité faisant défaut à la délivrance. Comme l'affirme un auteur, si la délivrance peut être abstraite, l'enlèvement doit, pour sa part, être concret⁷⁰² : « *la délivrance peut être symbolique, l'enlèvement ne saurait l'être* »⁷⁰³. Il constitue un acte purement matériel. En matière mobilière, le critère semble donc être le déplacement de la chose. Dès lors, « *tout cela suppose non pas une simple entrée en possession juridique de ces marchandises de la part de l'acheteur, mais un déplacement matériel de ces marchandises* »⁷⁰⁴. Ainsi par exemple, dans l'hypothèse d'une vente de coupe de bois, la jurisprudence a pu affirmer que « *le retirement, au sens de l'article 1657 du Code civil, doit s'entendre de l'enlèvement des marchandises par l'acheteur et implique un déplacement matériel inconciliable avec la prise de possession qui peut être réalisée d'une façon purement symbolique* »⁷⁰⁵. De même, l'individualisation des

⁷⁰⁰ L'idée sous-jacente à cette démonstration est qu'imposer une obligation à un débiteur doit présenter une certaine utilité pour le créancier. Ainsi, « *la loi ne permet pas qu'on impose arbitrairement à la liberté de l'homme des chaînes inutiles* », C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. VI, Paris, éd. Jules Renard, 5^e, éd., 1830, n°146 ; Rapp. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T.II, *Les sources*, Paris, Librairie A. Rousseau, 1923, n°748, « *la loi n'entend protéger que les obligations qui sont utiles pour le créancier. Une obligation qui pour celui-ci serait absolument vaine n'aurait pas besoin d'être protégée* ».

⁷⁰¹ F. LABARTHE et C. NOBLOT, *op. cit.*, n°1030.

⁷⁰² H. BOUCARD, *op. cit.*, n°21.

⁷⁰³ F. GÉNY, note sous CA Bourges 13 juillet 1943, JCP 1944, II, 2543. ; Rapp. L. BIHL, *Le droit de la vente*, *op. cit.*, n°613, « *à la différence de la livraison, le retirement est toujours un acte matériel, et il n'existe pas de retirement symbolique* ».

⁷⁰⁴ F. GÉNY, *préc.*

⁷⁰⁵ CA Nancy, 11 mars 1947, JCP 1947, II, 3869, note F. GÉNY. L'auteur note ainsi que le déplacement des biens vendus doit tendre au « *désencombrement de la propriété du vendeur – comme l'a voulu le législateur et conformément à l'intention des parties. C'est ce qu'on appelle en langage forestier la "vidange et la coupe"* » ; *Contra*, A. LECLERC, in *Le bois*, n° des 10 et 25 juin 1946, estimant que la seule prise de possession symbolique suffit à exécuter le retirement, cité par F. GÉNY, JCP 1946, II, 3303.

arbres vendus par leur marquage, ou leur abatage n'opère pas non plus le retraitement, seul l'enlèvement du parterre de la coupe réalise effectivement le retraitement⁷⁰⁶. Il apparaît cependant que dans certaines situations l'enlèvement de la chose perd de sa matérialité. Exceptionnellement le retraitement semble, en effet, pouvoir s'exécuter *corpore alieno*⁷⁰⁷. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi pu retenir que le retraitement pouvait s'opérer sans déplacement matériel des marchandises vendues, en les faisant détenir par le vendeur pour le compte de l'acheteur⁷⁰⁸.

Si l'obligation spécifique de retraitement des effets mobiliers semble ne laisser qu'une place limitée à l'immatérialité, il semble que l'enlèvement, envisagé de façon plus générale puisse parfois s'exécuter de façon quelque peu dématérialisée. En matière immobilière, la prise de livraison, ne peut se traduire par un déplacement du bien. Ainsi, la prise de possession se réalise « *par la remise des clefs, la libre disposition des lieux ou la perception des loyers ou indemnités s'ils sont loués ou occupés* »⁷⁰⁹. Un raisonnement similaire peut être mené en matière de biens incorporels ; en effet, l'article 1607 du Code civil prévoit que la délivrance de ce type de biens se réalise, notamment, par « *l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». Aussi est-il possible de considérer que c'est le premier acte traduisant l'usage du droit qui réalise la prise de livraison⁷¹⁰. Par la délivrance, le vendeur permet l'usage à l'acheteur, et par le premier usage, ce dernier en prend possession. L'idée selon laquelle le cessionnaire d'un bien incorporel est tenu de prendre livraison, bien que la lettre du Code ne l'y oblige pas explicitement, se conçoit tout à fait. Dès lors que la possession des biens incorporels est admise⁷¹¹, celle-ci induit nécessairement

⁷⁰⁶ Cass. com. 9 mars 1949, JCP 1949, II, 5075, note É. BECQUÉ ; RTD civ. 1949, p. 536, obs. J. CARBONNIER ; RTD com. 1949, p. 690, obs. J. HÉMARDE.

⁷⁰⁷ Selon l'expression de L. MAUGER-VIELPEAU, préc., n°10.

⁷⁰⁸ Cass. com. 9 juin 1958, Bull. civ. III, n°193 ; RTD com. 1959, obs. J. HÉMARDE ; Rapp. Cass. com., 1^{er} décembre 1992, inédit n° de pourvoi 90-22009 ; RJDA 1993, p. 333, n° 391.

⁷⁰⁹ J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, op. cit., n°535. Rapp. J. CARBONNIER, *Les choses inanimées ont-elles une âme ?*, in *Anthropologies juridiques*, Mélanges Pierre Braun, cahiers de l'institut d'anthropologie juridique, PULIM, 1998, p. 136, « *l'obligation de délivrer un immeuble bâti est remplie par la remise des clefs. Imaginons une grosse clef de jadis, monument travaillé de ferronnerie. C'est une chose inerte, muette. Pourtant elle parle, elle dit "Je suis la possession de la maison, puisque moi seule ai le pouvoir d'en ouvrir pacifiquement la porte". Mais le juriste (qui est raisonnable) rectifie : il écarte le pouvoir de la chose comme suspect de magie, et il réintroduit l'homme : ce n'est pas la clef qui opère, c'est la remise de la clef du vendeur à l'acheteur* ».

⁷¹⁰ Rapp. Cass. com., 16 février 1977, Bull. civ. IV, n°49, en matière commerciale un droit sur le nom commercial est accordé à la première personne justifiant de son usage public, non précaire et non équivoque. Ceci constitue, selon un auteur, « *une prise de possession réalisant une occupation* », A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., n°433 ; Comp. pour une enseigne, Cass. com., 4 octobre 1977, Bull. civ. IV, n°216.

⁷¹¹ V. par ex. A. PELISSIER, op. cit. ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, op. cit. ; T. REVET, *L'article 2279 du code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés*, note sous Cass. com. 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 348.

une acquisition de ce pouvoir qui se matérialise par une prise de livraison⁷¹². La prise de livraison, attestant de l'acceptation de la délivrance à titre de paiement, est indispensable à l'acquisition du pouvoir sur le bien. Elle apparaît ainsi dématérialisée et se déduit de l'usage que fait l'*accipiens* du droit cédé. Cette prise de livraison en matière de biens incorporels semble ainsi refléter l'importance de l'intention de l'*accipiens* dans tout transfert de chose : l'acquisition d'un pouvoir sur une chose, corporelle ou incorporelle « *résulte à la fois d'un acte du corps et de l'esprit* »⁷¹³.

La prise de livraison apparaît donc comme l'élément déterminant dans le processus d'acquisition d'un bien. Son rayonnement peut paraître réduit en raison de sa faible assise dans le Code civil. Celui-ci ne l'envisage, en effet, que sous les traits des obligations de retraitement dans la vente d'effets mobiliers⁷¹⁴ et de l'obligation de prendre livraison dans la vente à terme. Pour autant, la prise de livraison est consacrée dans différentes opérations et notamment à l'occasion du contrat d'entreprise, car elle est la traduction juridique de l'acceptation de la chose à titre de paiement. L'importance de la prise de livraison est telle que lorsque la loi l'envisage expressément, sous les traits de l'obligation de retraitement, elle lui fait produire des conséquences drastiques quant à la sanction de son inexécution.

2. La spécificité de la sanction du retraitement

132 - Analyse de la sanction. Suivant l'article 1657, le défaut de retraitement⁷¹⁵ dans le délai prévu, peut entraîner une conséquence dérogatoire du droit commun. Le texte prévoit, en effet, que la vente peut être résolue « *de plein droit et*

⁷¹² *Contra*, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°11430, « on imagine moins, toutefois, que [la prise de livraison] soit nécessaire pour des droits incorporels, dont la cession suffit à mettre le bénéficiaire en état d'en faire usage ».

⁷¹³ J.-L.-F. De WEGMANN, *De la translation conventionnelle du droit de propriété*, Paris, Typographie Hennuyer, 1861, n°9, p. 14, l'auteur s'appuie sur un texte de PAUL au Digeste, D. 41, 2, 3, 1, « *apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore* » : « on acquiert la possession par les sens et l'intention, et non par l'un des deux uniquement ».

⁷¹⁴ Une loi du 31 décembre 1903, modifiée par une loi du 31 décembre 1968 impose également une obligation de retraitement à celui qui a placé chez un professionnel des objets mobiliers pour être « *travaillés, façonnés, réparés, ou nettoyés* ». Si le retraitement n'est pas effectué dans un délai d'un an (six mois s'il s'agit d'un véhicule automobile), l'entrepreneur peut revendre le bien. Pour une application de ces dispositions V. Cass. civ. 1^{ère}, 21 février 1989, Bull. civ. I, n°85.

⁷¹⁵ En ne retirant pas les marchandises vendues et s'il ne peut justifier d'aucun motif légitime justifiant une telle inexécution, l'acheteur commet nécessairement un manquement à son obligation de retraitement. V. en ce sens, CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 17 septembre 1997, Juris Data n° 1997-048745 ; CA Rennes, 1^{re} ch. B, 7 novembre 1997, Juris Data n° 1997-048934.

sans sommation » par le vendeur⁷¹⁶. Ce dernier n'est, néanmoins, pas privé de la faculté d'invoquer les sanctions issues du droit commun : l'exécution forcée et la résolution judiciaire. Le Code lui octroie une option entre les remèdes traditionnels et la sanction spécifique qu'est la résolution de plein droit. L'inexécution de l'obligation de l'acheteur apparaît ainsi plus sévèrement sanctionnée que les obligations d'un « débiteur quelconque »⁷¹⁷, et même de façon plus rigoureuse que l'inexécution de son obligation de payer le prix de la vente⁷¹⁸. Devant la rigueur du texte, il a été soutenu qu'il ne trouvait à s'appliquer qu'à l'occasion d'une vente civile, à l'exclusion des ventes commerciales. Telle semble être l'opinion des codificateurs, qui, suite aux débats parlementaires sur l'article 1657, substituèrent au terme « *merchandise* » ceux de « *denrées et effets mobiliers* », afin de lever l'ambiguïté⁷¹⁹. Un argument d'ordre économique pouvait alors être invoqué à l'appui de cette thèse. Il a pu être soutenu qu'en retenant un tel principe à l'occasion d'une vente commerciale, « *un vendeur, dans les cas où le prix des choses augmenterait, pourrait abuser d'un tel principe en se disant dégagé par le seul fait que l'acheteur n'est pas venu prendre la livraison le jour fixé* »⁷²⁰. Toutefois puisque la lettre de l'article ne distingue pas entre ventes civiles et commerciales et que le Code de commerce, promulgué plusieurs années après le Code civil, n'a pas apporté de dérogation à ce principe⁷²¹, une solution inverse

⁷¹⁶ En l'absence de stipulation d'un délai dans le contrat, les parties peuvent se référer implicitement aux usages commerciaux. À défaut de toute stipulation ou usage, le défaut de retraitement n'entraîne pas de plein droit la résolution. La mise en demeure de retirer, qui est un acte unilatéral, ne peut remplacer l'exigence du délai. En ce sens, V. H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. II, *Principaux contrats*, 2^e partie, par M. De JUGLART, *op. cit.*, n°1025 ; Rapp. V. MARCADÉ, *Explications théorique et pratique du Code civil*, T. VI, Paris, Delamotte et fils, 7^e éd., 1875, p. 309, qui considère que la résolution de plein droit pour défaut de retraitement dans le délai fixé, « *est une règle trop sévère, trop exorbitante, pour qu'on puisse l'étendre aux cas non prévus ; or notre article ne la pose que pour le cas d'un terme convenu* » ; *Contra*, R.-T. TROPLONG, *De la vente*, T. II, *op. cit.*, n°679, qui considère que la « *sommation suffira, et [qu']il ne sera plus nécessaire, (...), de faire prononcer la résolution en justice* ».

⁷¹⁷ Selon l'expression de J. HUET, *op. cit.*, n°11434.

⁷¹⁸ H., L., et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n°1025.

⁷¹⁹ V. LOCRÉ, T. XIV, p. 60, « *M. CAMBACÉRÈS dit que toute équivoque sera levée par le procès verbal, qui indiquera que l'article n'est pas applicable aux matières de commerce* ».

⁷²⁰ J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, T. II, *Des contrats commerciaux autres que ceux du commerce maritime*, Plon, 6^e éd., 1856, n°288.

⁷²¹ En ce sens, V. R.-T. TROPLONG, *De la vente*, T. II, *op. cit.*, n°678. L'auteur considère que la distinction entre vente commerciale et vente civile est « *très inexacte* ». Il estime, par ailleurs que certains usages commerciaux, avant l'entrée en Code civil, consacraient déjà des hypothèses dans lesquelles les vendeurs pouvaient résilier la vente sans que l'acheteur ait été mis en demeure de prendre livraison. Il appuie sa démonstration en citant l'article 218 de la coutume de Chalons qui précise que « *marchands forains, soit qu'ils baillent arrhes ou non, sont tenus de prendre livraison de la marchandise dans les vingt jours, et perd, l'acheteur, ses arrhes s'il ne la prend pas dans ledit temps, soit qu'elle soit revendue ou non, s'il n'y a convention ou sommation en justice contraire* ». L'auteur poursuit en citant l'article 278 de la coutume de Laon qui dispose que « *marchandise vendue se doit lever dedans vingt jours, s'il n'y*

a pu être retenue par la jurisprudence⁷²². La solution se comprend parfaitement et résulte de l'application de l'article 1107 du Code civil qui pose le principe suivant lequel les règles établies en matières civiles ont vocation à régir les contrats commerciaux à défaut de dispositions spéciales dérogatoires.

133 - L'explication de la spécificité de la sanction. La faculté, reconnue au vendeur de meubles de pouvoir déclarer la vente résolue de plein droit en cas de défaut de retirement dans le délai prévu, semble avoir été consacrée en contemplation d'intérêts essentiellement économiques. Les codificateurs ont souhaité que le vendeur soit à l'abri d'une éventuelle dépréciation du bien vendu. Expliquant ce principe, PORTALIS, affirmait, en effet, que *« les denrées et les effets mobiliers ne circulent pas toujours dans le commerce avec le même avantage ; il y a une si grande variation dans les prix de ces objets que le moindre retard peut occasionner un préjudice irréparable »*⁷²³. Aussi, l'article 1657 apparaît-il comme un rempart contre les lenteurs d'une éventuelle procédure judiciaire tendant à obtenir la résolution de la vente, qui *« pourraient faire souffrir à un vendeur la charge des détériorations »*⁷²⁴. Au-delà même des intérêts du vendeur, ces dispositions semblent édictées afin de favoriser le commerce en ce qu'elles permettent une meilleure circulation des marchandises⁷²⁵ : le vendeur pouvant considérer la vente résolue dès le délai de retirement dépassé, il peut remettre le bien en vente rapidement. Enfin, comme le note un auteur, une rapide libération des locaux dans lesquels sont entreposés les effets mobiliers vendus favorise également la circulation des biens ; en effet, *« le législateur a voulu que le vendeur d'une chose mobilière destinée à la circulation d'une richesse ne fut pas embarrassé au delà du terme convenu par une chose exposée à une dépréciation plus ou moins longue et dont il n'aurait entendu assurer la garde que pour un temps limité. Il lui importe, il importe même à l'intérêt général, que ses locaux soient désencombrés au plus tôt de marchandises dont il n'a plus que faire »*⁷²⁶. Le retirement prend donc les traits d'une obligation économiquement indispensable tant dans l'objectif de préserver les intérêts du vendeur, que dans celui de faciliter la circulation des biens. Sa sanction en cas d'inexécution se justifie ainsi pleinement au regard des impératifs économiques : les biens meubles non retirés doivent pouvoir être remis en vente

a autre convention ; et, à faute de ce faire dedans ledit temps, sont les arrhes perdus, et peut le vendeur faire son profit ailleurs de sa marchandise ».

⁷²² Cass. 27 février 1828, D. 1828, 1, 146 ; Cass. req. 22 décembre 1920, S. 1921, 1, 197.

⁷²³ J.-E.-M. PORTALIS, in FENET, T. XIV, p. 124.

⁷²⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, op. cit., n°287.

⁷²⁵ En ce sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAINAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVII, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°594.

⁷²⁶ F. GENY, note sous CA Bourges, 13 juillet 1943, préc.

rapidement⁷²⁷. De même, la crainte d'une telle sanction peut inciter l'acheteur à exécuter son obligation plus vite, ce qui favorise une meilleure exécution du contrat.

134 - Synthèse. Détaché de certaines notions auxquelles il est parfois assimilé, l'enlèvement se dote d'un contenu propre et d'un champ d'application important. Véritable obligation ou simple incombance, il traduit la part de matérialité indispensable à la réalisation du contrat portant sur une chose. S'il ne se rapporte qu'à l'acquisition de l'emprise sur la chose, par son déplacement ou par le fait de faciliter l'exécution de son obligation par le vendeur, son rayonnement est impressionnant. Il prend, en effet, les traits du nécessaire complément de la délivrance réalisée par le *tradens*. De ce fait, il a vocation à s'appliquer toutes les fois qu'un contrat emporte la mise à disposition d'un bien. Peu étudié mais innervant les relations contractuelles, l'enlèvement produit nécessairement certains effets de droit.

§ 2. Les utilités de l'enlèvement

135 - La manifestation d'un système rationnel. Il est envisageable que l'enlèvement s'inscrive dans un système particulièrement rationnel mis en place par les codificateurs. Le fait de consacrer, pour la vente de biens meubles, une obligation de retirement, entérine l'idée selon laquelle la délivrance n'est pas nécessairement une remise de la chose, mais s'analyse au contraire comme une mise à disposition. De même, il semble que certains effets du contrat de vente ne peuvent s'expliquer qu'en contemplation de l'exigence d'un enlèvement. Il est en effet précisé par le Code civil que les risques suivent le transfert du droit de propriété : ce principe se justifie, non

⁷²⁷ Il est intéressant de constater que le Code de la consommation prévoit le pendant du droit de résolution unilatérale du vendeur, en accordant un droit pour l'acquéreur de biens meubles consommateur de dénoncer le contrat faute de livraison dans le délai prévu. L'article L. 114-1 alinéa 2 du Code de la consommation prévoit, en effet, que « *le consommateur peut dénoncer le contrat de vente d'un bien meuble ou de fourniture d'une prestation de services par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant sept jours et non dû à un cas de force majeure* », pour un exemple d'application V. CA Paris, 21 janvier 1997, RJDA 1997, n° 630; CCC 1997, n° 105, obs. G. RAYMOND. De même, l'alinéa 4 de ce texte instaure un véritable droit pour le consommateur de revenir sur son engagement lorsque la vente n'a pas de caractère ferme et définitif : « *Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double* ». Pour un exemple d'application V. CA Orléans, 13 avril 1994, D. 1996, somm. p. 11, obs. G. PAISANT, selon qui le professionnel peut pallier les inconvénients de cette situation à son égard en stipulant que les sommes versées par avance ne constituent pas des arrhes mais un acompte, ce qui aurait pour effet de rendre ferme et précise la commande.

pas en raison de la qualité de propriétaire de l'acheteur, mais plutôt parce qu'il est tenu par rapport à la chose vendue (A). Par ailleurs, l'enlèvement traduit l'acquisition par le bénéficiaire de la mise à disposition d'une emprise sur la chose. Aussi, l'enlèvement de la chose permet-il la réalisation du but contractuel visé par les parties : accorder une emprise sur la chose (B).

A. L'explication du principe du transfert des risques en contemplation de l'obligation de retirement

136 - Le dépassement d'une apparente iniquité. Application de l'adage "*à l'impossible nul n'est tenu*", la théorie des risques dans le contrat naît de l'impossibilité pour une partie d'exécuter son obligation. Lorsque les risques portent sur la disparition ou l'altération de la chose, ils sont définis comme « *tous les accidents fortuits, qui atteignent intrinsèquement la chose dans son existence matérielle, et par suite desquelles elle s'est détériorée ou a péri* »⁷²⁸. La règle classique de l'imputation des risques veut que le débiteur de l'obligation supporte le cas fortuit, *res perit debitori*⁷²⁹. Il est toutefois fait exception à cette règle en matière de vente, si la chose est perdue ou détériorée après le contrat, c'est sur le propriétaire que la charge du risque est imputée, *res perit domino* (1). Cette règle spéciale est parfois critiquée en raison de l'iniquité provoquée par la situation dans laquelle un acheteur reste tenu du paiement alors qu'il ne pourra jamais bénéficier de la chose. Toutefois elle prend tout son sens en l'analysant à la lumière de l'enlèvement (2).

1. Les difficultés issues du principe *res perit domino*

137 - Les errances du principe. L'adage *res perit domino* – les risques sont à la charge du propriétaire – a pour source une constitution de DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN, en matière de gage, dans laquelle la question était de savoir qui du créancier gagiste ou du débiteur resté propriétaire de la chose était tenu des risques

⁷²⁸ C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, *op. cit.*, n°426.

⁷²⁹ Cette règle se déduit des articles 1722 et 1790 en matière de bail et de contrat d'entreprise qui prévoient que le créancier de l'obligation qui n'est plus en mesure d'être exécutée est libéré. Sur l'origine de cette règle V. F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préface A. BÉNABENT et A. LYON-CAEN, Presses universitaires de la faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, n°24 et s.

de la chose⁷³⁰. Toutefois, comme le note un auteur, cette règle ne prévalait pas dans l'ensemble des domaines en droit romain, elle « *n'était applicable que lorsqu'on opposait le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose, (...) ; mais la règle était fausse lorsqu'on opposait le propriétaire débiteur au créancier ; la chose périssait pour le créancier plutôt que pour le propriétaire qui en était libéré* »⁷³¹. Dans le cadre d'une vente, il semble donc que les romains dissociaient le transfert de propriété et des risques afin de mettre les risques de la chose à l'acheteur, non encore propriétaire de celle-ci⁷³². Aussi, est-il piquant de noter que la consécration de l'adage *res perit domino* par les codificateurs permet de retenir une justification inverse de celle qui prévalait en droit romain. Si la finalité est identique – faire peser les risques sur l'acheteur – la justification est inversée : à Rome l'acquéreur pouvait être tenu des risques car il était acheteur, alors que sous l'empire du Code civil, il est tenu des risques car il est propriétaire dès la conclusion du contrat.

L'aliéna second de l'article 1138 du Code civil, lie le transfert de la propriété et des risques⁷³³. Si, en raison de la formulation si critiquée de cet article⁷³⁴, « *le message n'est pas des plus clairs* »⁷³⁵, la majorité de la doctrine⁷³⁶ retient ce principe. Dans une vente ordinaire, l'acheteur étant propriétaire dès la conclusion du contrat, il est tenu des risques dès ce moment, alors même que la chose ne lui a pas encore été transférée matériellement. Les conséquences de ce principe peuvent parfois paraître

⁷³⁰ L. 9, C. De pignor. Act., cité par R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué, De la vente*, T. I, op. cit., n°358.

⁷³¹ *Ibid.*, Rapp. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, op. cit., n°308.

⁷³² Puisque la tradition n'avait pas encore été réalisée. Instit. L. III, T. XXIV, *De empt. et vend.*, III, « *Cum autem emptio et venditio contracta sit (...) periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* » : « *La vente étant une fois contractée (...), la chose est aux risques et périls de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée* » ; Adde, Dig. 47, 2, 14, « *periculum est emptoris* » ; Contra, H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré, Guillaumin et Cie, 1867, réimpr. Leviathan, Puf, 1999, L. II, Ch. XII, XV, p. 340, « *il a plu à la plupart des fondateurs de législations que, jusqu'à la tradition, la chose demeurât au profit et aux risques du vendeur* ».

⁷³³ L'article 1624 du Code civil renvoie, quant à la charge des risques dans la vente, aux dispositions du droit commun du contrat. L'article L.132-7 du Code de commerce prévoit un principe équivalent : « *la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport* » ; L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription en son article 1152 al. 4, l'avant-projet de réforme du droit des contrats à l'article 112 al. 4, et le « *Projet Terré* », op. cit., à l'article 93 al. 2, maintiennent ce principe.

⁷³⁴ V. *Supra* n° 23 et s.

⁷³⁵ A. SÉRIAUX, *Res perit domino*, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 390.

⁷³⁶ V. par ex., A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux*, op. cit., n°137 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°202 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°11215 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°253.

drastiques. Ainsi, si la chose se perd ou périt lors de son transport, l'acheteur demeure débiteur du prix de la vente⁷³⁷. L'équilibre du contrat synallagmatique peut ainsi paraître rompu ; en considérant que l'obligation de délivrance et celle de payer le prix se servent mutuellement de cause, le transfert des risques dès le transfert de propriété conduit en cas de perte de la chose, à décharger le vendeur de la délivrance mais à maintenir l'obligation de payer le prix. Néanmoins, ce déséquilibre s'estompe en considérant que la cause de l'obligation de paiement n'est pas l'obligation de délivrance mais l'obligation de transférer la propriété⁷³⁸. L'acheteur peut ainsi être débiteur du prix d'un bien dont il ne disposera jamais matériellement ; cette apparente iniquité du rapport est à l'origine de certaines atténuations dans l'application de cet adage.

138 - L'atténuation du principe. L'application de l'adage *res perit domino* semble parfois difficilement tenable et a pu être contournée par la jurisprudence notamment en matière de vente en l'état futur d'achèvement. Selon l'article 1601-3 du Code civil, dans ce type de vente, les droits sur le sol et la propriété des constructions existantes sont transférés immédiatement à l'acheteur et « *les ouvrages à venir deviennent la propriété de leur acquéreur au fur et à mesure de leur exécution* ». L'exacte application de la théorie des risques en matière de vente devrait conduire à un transfert des risques suivant celui de la propriété, et donc également au fur et à mesure. Toutefois, un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 11 octobre 2000⁷³⁹, s'attachant non véritablement à l'obligation de transférer la propriété mais à l'obligation de construire, a pu privilégier l'application de la règle *res perit debitori*. Le constructeur restant, pendant la durée des travaux, tenu des risques de la chose⁷⁴⁰. Par ailleurs, il peut être reproché à la théorie des risques de la chose de mal s'accommoder avec la vente lorsque celle-ci contient une clause de réserve de propriété. La propriété réservée n'est, en effet, pas considérée par la jurisprudence comme un obstacle à l'application de l'adage *res perit domino*⁷⁴¹. Le

⁷³⁷ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991, Bull. civ. I, n°325 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n°361 ; D. 1995, IR, 246.

⁷³⁸ En ce sens, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°202 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., 1998, n°198, du même auteur nuancant toutefois son propos, V., *Res perit domino*, préc., p. 397, note 34. L'affirmation est néanmoins critiquable, l'existence de l'obligation de donner étant plus que douteuse, V. *Infra*, n°247 et s.

⁷³⁹ Cass. civ. 3^e, Bull. civ. III, n°163 ; JCP 2001, II, 10465 note Ph. MALINVAUD ; Gaz. Pal. 2001, n°77, p. 29, note M. PEISSE ; Defrénois 2001, p. 878, note H. PERINET-MARQUET.

⁷⁴⁰ En l'espèce, un décret avait classé monument historique le terrain sur lequel devait s'établir la construction et avait, par là même, rendu la poursuite des travaux impossible.

⁷⁴¹ V. par ex. Cass. com. 20 novembre 1979, Bull. civ. IV, n°300 ; Cass. com. 11 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 190, en matière de cession de parts : « *c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide que la cession de parts sociales comportant une clause de réserve de propriété, les*

vendeur sous réserve de propriété, resté propriétaire de la chose jusqu'au complet paiement du prix, demeure également tenu des risques de la chose. Cette solution ne semble pas totalement adaptée à l'objectif de la clause de réserve de propriété. Celle-ci apparaît non pas comme une clause contractuelle anodine mais bien plus comme une véritable garantie. En stipulant une telle clause, le vendeur a pour objectif de se réserver la faculté de revendiquer la chose en cas de défaillance de l'acheteur mais non les utilités économiques⁷⁴². Le vendeur ne disposant plus du bien, il semble que « *l'adage res perit domino se concilie fort mal avec une propriété réduite à sa seule fonction de garantie* »⁷⁴³. La pratique règle toutefois le problème en assortissant la clause de réserve de propriété d'une clause de transfert immédiat des risques de la chose⁷⁴⁴. Critiquée et parfois même contournée, la règle traditionnelle du transfert des risques semblent pouvoir être réaménagée, non pas en contemplation du droit transféré, mais plutôt de l'obligation de retraitement.

2. L'apport de l'obligation de retraitement

139 - Les critiques adressées au principe. Une partie de la doctrine préconise de lier la charge des risques à la maîtrise de la chose et non au transfert du droit⁷⁴⁵. Certains considèrent même que dans le cadre d'un contrat de vente à distance passé entre un professionnel et un consommateur, les risques du transport

risques de la chose vendue restent à la charge du vendeur, toujours propriétaire en application de ladite clause ».

⁷⁴² En ce sens V. A. SÉRIAUX, *Res perit domino*, préc., p. 400, l'auteur estime toutefois que le vendeur se réserve l'*abusus*. Cette interprétation ne suscite cependant pas une totale adhésion, la clause de réserve de propriété n'a pas pour objectif de remplacer la vente par un démembrement de la propriété. Par ailleurs, il n'apparaît pas exact d'affirmer que l'acheteur est privé de l'*abusus*, celui-ci pouvant revendre le bien ; Rapp. M. CABRILLAC, D. 1986, p. 248 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, t. 248, 1995, préface M. GOBERT, n°270 et 248 ; Ph. THÉRY, *Sûreté et publicité foncière*, op. cit., n°334.

⁷⁴³ A. SÉRIAUX, *Res perit domino*, préc., p. 400. Il serait malgré tout possible de comprendre le raisonnement mené par la jurisprudence s'il devait être considéré que les risques suivaient non le droit mais le pouvoir sur la chose, l'acheteur, non encore propriétaire, serait tenu de la disparition fortuite de la chose. Il demeurerait débiteur du paiement du prix, alors même qu'il ne pourrait plus jamais prétendre à devenir propriétaire du bien disparu.

⁷⁴⁴ V. par ex. Cass. com. 6 juillet 1993, Bull. civ. IV, n°282 ; CA Versailles 18 mai 1995, n° jurisdata 1995-044817, « *il est permis au vendeur, nonobstant une clause de réserve de propriété, de stipuler que les risques des biens vendus incomberont à l'acheteur jusqu'au paiement du prix* ».

⁷⁴⁵ En ce sens, V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 5^e éd., 2000, n°106 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978 ; du même auteur, *La dissociation des risques et de la propriété*, in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 70 et s.

devraient peser sur le vendeur⁷⁴⁶. Cette situation peut se comprendre puisque c'est généralement ce dernier qui choisit et traite avec le transporteur. Prolongeant l'analyse, ces auteurs estiment qu'« *il faudrait (...) considérer comme abusive la clause mettant les risques du transport sur la tête de l'acheteur* »⁷⁴⁷. Ces critiques sont corroborées par les dispositions de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises, qui, ne prenant pas partie sur le transfert de propriété, dissocie la mutation du droit de celle des risques. Elle prévoit ainsi qu'en principe les risques sont transférés au « *moment de la livraison* »⁷⁴⁸. L'article 67 1° dispose, en effet, que « *lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente* ». Si, au contraire, le contrat ne prévoit pas de transport des biens vendus, l'article 69 pose le principe selon lequel « *les risques sont transférés à l'acheteur lorsqu'il retire les marchandises ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, à partir du moment où les marchandises sont mises à sa disposition et où il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison* ». Les risques sont ici liés non à la propriété mais à l'acquisition du pouvoir matériel sur le bien⁷⁴⁹. L'idée sous-jacente à une telle conception est de faire peser la charge des risques sur le contractant « *le mieux placé pour prévenir les sinistres, et, en cas de réalisation de ceux-ci, de les constater et de prendre les mesures conservatoires destinées à en limiter les conséquences dommageables* »⁷⁵⁰. La théorie proposée, essentiellement par la

⁷⁴⁶ Une lecture particulière de la directive du 25 mai 1999, transposée par la loi du 17 février 2005 pourrait suggérer de retarder le transfert des risques au moment de la délivrance dans les ventes conclues entre un professionnel et un consommateur. Selon le texte, le bien vendu doit être conforme au contrat et à son usage normal. Si le bien est détérioré, lors de la délivrance, il ne peut manifestement pas être conforme au contrat. Dans cette situation, il serait possible de considérer que « *la délivrance opère le transfert des risques* », J. CALAIS-AULOY, *De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité*, in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 62 ; Adde, R. BONHOMME, *La dissociation des risques et de la propriété*, préc., spéc. n°13 et s. Toutefois, comme le note un auteur, « *reste que la délivrance ne correspond pas à la livraison et que cette subtile distinction risque de réserver des surprises au consommateur non averti* », P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n°354 ; Rapp. la proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM 2008 614, art. 23 §1 « *le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur, prend matériellement possession de ces biens* ».

⁷⁴⁷ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., n°106.

⁷⁴⁸ R. BONHOMME, *La dissociation des risques et de la propriété*, préc., n°7.

⁷⁴⁹ Telle est d'ailleurs la solution retenue par le DCFR à l'article IV. A. – 5:102, 1) qui dispose que « *the risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them* ».

⁷⁵⁰ V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, op. cit., n°373. L'auteur estime que la CVIM fait dépendre le transfert des risques du transfert de la possession. L'emploi

doctrine consumériste, peut toutefois être nuancée au regard de certains arrêts de la Cour de cassation. Celle-ci considère, en effet, que dans l'hypothèse où le bien vient à périr lors du transport, et que l'acheteur soulève l'exception d'inexécution à l'encontre du vendeur, que c'est à ce dernier « *de prouver (...) le cas fortuit qu'il allègue* »⁷⁵¹. De même, envisagé non quant au droit transféré mais à la lumière de la chose objet du contrat, le principe faisant peser les risques sur l'acheteur et non sur le vendeur s'éclaire.

140 - L'éventualité du rapport entre retraitement et charge des risques.

Une partie de la doctrine tente d'expliquer le mécanisme du transfert des risques non en contemplation du transfert de propriété mais quant à la qualité d'acheteur et donc de créancier de l'obligation de délivrance. Ainsi, certains auteurs proposent une lecture alternative de l'article 1138 du Code civil. Cet article étant relatif à l'obligation de livrer, il imposerait la charge des risques à son créancier, « *la règle serait donc non plus res perit domino, mais res perit creditori* »⁷⁵². La dérogation au droit commun serait ainsi parfaitement marquée. Il est, en effet, traditionnellement admis que dans un contrat synallagmatique, c'est au débiteur qu'incombe la charge des risques⁷⁵³.

Il est toutefois envisageable de formuler la proposition autrement. L'acheteur est non seulement créancier de l'obligation de délivrance, mais il est également débiteur de l'obligation de retraitement. L'obligation de délivrance ne consistant qu'en la mise à disposition de la chose⁷⁵⁴, l'acheteur doit venir en prendre livraison. Dans ces conditions, il semble plus aisé de comprendre pourquoi c'est à l'acheteur de supporter les risques de la chose. Ce dernier est tenu quant à la chose, il doit venir la retirer, le vendeur doit, pour sa part, simplement s'en dessaisir, « *s'abstenir de la retenir* »⁷⁵⁵. Il est donc possible d'affirmer que c'est en qualité de débiteur de l'obligation de

du terme possession n'apparaît toutefois pas très heureux puisqu'il est possible de considérer que la possession est transférée simultanément au droit de propriété.

⁷⁵¹ Cass. civ. 25 avril 1895, DP 1895, 1, 212 ; Adde, A. SÉRIAUX, *Res perit domino*, préc., spéc. p. 398, « *voilà qui met à mal certaines critiques consuméristes de la règle res perit domino. Voilà qui rend aussi sans objet l'argument selon lequel seul le vendeur devrait assumer les risques du voyage car lui seul est à même de les évaluer. Quel commerçant avisé, sachant qu'il doit, pour être payé, prouver qu'un cas fortuit a empêché le transporteur d'acheminer la marchandise, ne prendra pas toutes les précautions requises dans le choix du voiturier* ».

⁷⁵² Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1136 à 1145, fasc. 10, *Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire*, n°61 ; Rapp. F. GORÉ, *Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer*, RTD civ. 1947, p.162 et du même auteur, *Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre*, D. 1954, chron. 31 ; J. HEENEN, *Le transfert de propriété et le transfert des risques dans la vente de chose de genre*, Revue de droit international et de droit comparé 1954, n° spécial, p. 109.

⁷⁵³ Art. 1302 C. civ.

⁷⁵⁴ V. *Supra* n° 109 et s.

⁷⁵⁵ G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, préc., n°19, p. 425.

retirement que l'acheteur se voit confier la charge des risques : « *l'acheteur doit supporter la perte de la chose, non parce qu'il est propriétaire (res perit domino) mais parce qu'il lui appartient d'acheminer la chose jusqu'à lui (res perit debitori)* »⁷⁵⁶. Une fois l'obligation de délivrance exécutée, le vendeur n'est plus, contrairement à l'acheteur, tenu envers la chose, il n'a donc pas à en supporter les risques⁷⁵⁷. L'inertie de l'acheteur et « *sa négligence justifient que les risques pèsent à partir de ce moment sur ses épaules* »⁷⁵⁸. Si l'acheteur n'exécute pas son obligation de retirement, le vendeur ne doit pas pouvoir être tenu du risque. Envisagé en contemplation de l'obligation de prendre livraison et non du transfert de propriété le mécanisme du transfert des risques se justifie pleinement. Dès lors, le principe du transfert des risques à l'acheteur n'apparaît plus dérogatoire au droit commun. Cette proposition permet d'expliquer l'interversion de la charge lorsque le vendeur n'exécute pas son obligation de délivrance : en effet, lorsqu'il n'a pas délivré et que l'acheteur le met en demeure d'exécuter cette obligation, les risques restent à sa charge. Cette dernière situation marque bien la distinction qu'il convient d'opérer entre transfert des risques et transfert de propriété. Dès lors, comme le note un auteur, « *la vraie base (...) de cette théorie des risques, c'est l'ancienne maxime, que le texte formel d'un autre article du Code (1302), a, en effet, consacrée : debitor rei certae interitu fortuito rei liberatur* »⁷⁵⁹. Le lien opéré entre la qualité de débiteur de l'obligation de retirement et les risques ne bouleverse pas fondamentalement sa situation puisque, dans le cadre d'une vente "classique", il reste tenu des risques de la chose. En ce sens, la conception moderne du transfert des risques se rapproche du modèle romain qui tenait l'acheteur pour responsable de la perte fortuite alors même qu'il n'était pas encore propriétaire. La solution proposant de charger des risques celui qui est tenu à l'égard de la chose, permettrait de résoudre la difficulté issue de la réserve de propriété sans avoir recours à une clause particulière : dans cette situation, ce serait l'acheteur qui serait tenu des risques. La proposition semble d'ailleurs mieux adaptée au mécanisme de la clause de réserve de propriété, désormais envisagée non comme

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ Certains arrêts semblent consacrer une telle conception en liant la charge du risque et l'exigibilité de l'obligation de retirement, V. par ex. CA Nîmes 17 mai 1984, n° jurisdata 1984-764539, « *la vente étant parfaite, le vendeur a rempli son obligation de délivrance, le lot de noyers préalablement tronçonné, puis entreposé à la vue de quiconque dans le pré, appartenant à un tiers, est passé en la puissance et possession de l'acheteur qui dès cet instant assumait tout risque de vol ou de dégradation* » ; V. également, CA Montpellier, 27 octobre 1988, n° jurisdata 1988-034387.

⁷⁵⁸ F. DANOS, *Propriété, possession, opposabilité*, op. cit., n°365.

⁷⁵⁹ C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris, Pedone-Lauriel et Hachette, 1877, n°424.

une simple stipulation contractuelle mais comme une redoutable garantie pour le vendeur⁷⁶⁰.

L'obligation de retraitement prend ainsi une dimension toute particulière en matière de vente d'effets mobiliers, puisque c'est en contemplation de cette obligation que l'attribution de la charge des risques à l'acheteur prend corps. Ces raisonnements peuvent être également appliqués en matière immobilière, l'acheteur étant alors tenu non de l'obligation spécifique de retraitement mais de prendre livraison. Au-delà, cette nécessaire activité de l'*accipiens* dans le processus lui permettant d'acquérir matériellement la chose objet du contrat, se révèle indispensable dans l'obtention du pouvoir sur la chose. L'obligation du vendeur ne consistant que dans le fait de se dessaisir de la chose, une action quant à la chose est indispensable afin de compléter cette mutation.

B. L'acquisition d'un pouvoir sur la chose

141 - Les hésitations sur la nature du pouvoir acquis. Il est indéniable que seul le déploiement par l'*accipiens* d'une certaine activité permet d'acquérir un pouvoir de contrôle physique, une emprise sur la chose dont le contrat emporte la transmission. Par cette exécution le bénéficiaire de la chose s'en saisit et acquiert matériellement la chose. Cette acquisition crée alors le lien nécessaire entre le maître et sa chose, lui permettant de se prétendre titulaire de celle-ci aux yeux de tous. En matière de chose corporelle, l'enlèvement peut donc s'apparenter à une publicité rendant opposable aux tiers sa relation avec la chose. Néanmoins, la nature de ce pouvoir peut être sujette à débat. Certains auteurs, s'appuyant particulièrement sur l'aspect publicitaire du retraitement, y voient la marque et, partant, la réalisation même du transfert de propriété (1). La proposition ne convainc cependant pas tout à fait en ce qu'elle semble trop éloignée de la conception dématérialisée du transfert de propriété retenue en droit français. Il apparaît alors que le retraitement n'emporte que l'acquisition de la détention du bien (2).

⁷⁶⁰ L'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, a introduit la clause de réserve de propriété dans le Code. Cette clause est envisagée aux articles 2367 à 2372 et est insérée dans un titre du Code consacré aux sûretés réelles et non dans la partie consacrée à la vente.

1. Une proposition doctrinale : le retirement marquant le transfert de propriété.

142 - Présentation de la théorie. Selon certains auteurs, la réalisation de l'obligation de retirement marquerait l'acquisition de la propriété. Il n'est toutefois ici question que du complément de la propriété relative transférée précédemment par la tradition civile⁷⁶¹ : la propriété opposable *erga omnes*. La proposition s'inscrit dans un cadre plus large visant à distinguer la propriété envisagée comme une qualité morale et le droit de jouir des choses⁷⁶² ; seule « *l'addition des deux formant la propriété pleine et entière (dominii pleni natura)* »⁷⁶³. La propriété transférée par le consentement ne concernerait pas la pleine propriété mais uniquement le droit de disposer, c'est-à-dire la propriété envisagée comme un pur droit. Un acte matériel est alors indispensable à l'acquisition d'une propriété parfaite. Or la réalisation de l'obligation de délivrance ne suffit pas à permettre une telle acquisition. Celle-ci ne correspondant qu'à une mise à disposition de la chose, elle ne permet pas la mise en possession de l'acheteur. Seul le retirement paraît alors en mesure de compléter l'acquisition. Suivant cette théorie, « *c'est parce qu'elle confère au droit de propriété de l'acquéreur une opposabilité erga omnes, que l'obligation de [retirement] de l'acquéreur peut être conçue comme achevant complètement l'exécution de l'obligation de donner* »⁷⁶⁴. Ainsi, c'est par l'exécution du retirement que la propriété deviendrait exclusive⁷⁶⁵. Le retirement marquerait alors la finalisation du transfert de propriété. Il participerait donc de l'acquisition d'un droit de propriété plein et entier. Cette obligation de retirement permettant l'entrée en possession de l'acheteur, ce n'est que par son exécution que l'acheteur pourrait prétendre à une propriété véritablement efficace.

143 - Analyse critique de la théorie. La théorie visant, *de facto*, à lier le transfert de propriété à l'exécution de la combinaison entre délivrance de la part du vendeur et retirement de la part de l'acheteur n'échappe pas à certaines critiques. Il est, tout d'abord, douteux que les codificateurs aient entendu lier le transfert de la

⁷⁶¹ Pour la présentation d'une telle proposition, V. *Supra* n° 43.

⁷⁶² J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTD civ. 2000, p. 477 et s., spéc. n°26.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999, n°306. L'auteur estime que l'obligation de retirement est une obligation de *praestare*, sur ce point V. *Infra* n° 170.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

propriété à la réalisation d'un acte matériel et à la maîtrise effective de la chose⁷⁶⁶. Par ailleurs, il semble que l'analyse menée par ces auteurs ne tienne pas compte du transfert de la possession. Celui-ci est, en effet, opéré dès la conclusion du contrat, par la transmission de *l'animus* à *l'accipiens*, le *tradens* n'étant alors plus que détenteur de la chose à titre précaire. Il est, dès lors, fort peu probable que le Code opère un lien aussi fort entre l'acquisition de la détention de la chose et la propriété. L'analyse paraît également opérer une regrettable confusion entre l'acte d'acquisition du droit nécessaire au transfert⁷⁶⁷ – qui peut être purement intellectualisé – et l'acte matériel indispensable à l'obtention d'un pouvoir physique sur la chose. De même, une telle proposition semble confondre l'opposabilité du droit de propriété et ses attributs : le transfert du droit est parfaitement consommé par la convention, mais n'est certes pas encore opposable. Le droit transféré fait dès lors partie du droit de gage général des créanciers du bénéficiaire. La règle de l'opposabilité n'affecte pas l'existence de ce droit mais « *c'est seulement en cas de conflit entre acquéreurs du même bien, ayants cause du même auteur, que des solutions spécifiques ont dû être trouvées, lorsque les intérêts en présence sont apparus aussi respectables les uns que les autres* »⁷⁶⁸. Enfin, en cédant à la tentation de considérer que le transfert de propriété puisse être l'objet d'une obligation⁷⁶⁹, l'exécution parfaite de l'obligation de donner, pourtant à la charge du *tradens*, dépendrait non seulement du vendeur, mais essentiellement de l'acheteur : seule une exécution de la part de ce dernier libèrerait le premier de son obligation⁷⁷⁰. Aussi, s'il est clair que le retraitement permet d'accorder une force supplémentaire au droit acquis, puisqu'il le rend opposable aux yeux de tous, il n'est pas évident qu'il rentre en compte dans le mécanisme d'acquisition de la propriété en tant que droit. La réalisation du retraitement semble donc limitée quant à ses effets : elle ne fait que traduire l'obtention d'un pouvoir sur la chose.

⁷⁶⁶ V. *Supra* n° 44.

⁷⁶⁷ V. *Supra* n° 31.

⁷⁶⁸ Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., fasc. 10, *Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire*, n°81.

⁷⁶⁹ Tentation à laquelle on ne cèdera néanmoins pas plus tard, V. *Infra*, n° 247 et s.

⁷⁷⁰ Soutenant cette hypothèse, mais la limitant aux cas où le transfert de la propriété est différé, V. T. REVET, *Les différentes ventes*, in *Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, JCP 1995, cahier de droit de l'entreprise, n°5, p.8 spéc. n°26, « *Le client d'un magasin en libre service doit transporter et présenter les marchandises aux caisses, et en acquitter le prix, le cessionnaire de l'entreprise passer les différents actes de cession, l'acheteur d'un meuble corporel saisi consigner le prix entre les mains de l'huissier et l'acquéreur d'une chose de genre participer à son individualisation, lorsque celle-ci n'est pas stipulée unilatérale. Ces obligations ressortissent à l'obligation générale qu'a l'acheteur de retirer la chose vendue – même quand elle consiste dans le paiement du prix – : leur objet est en effet de permettre que s'opère le retraitement juridique – le transfert de droit dans le patrimoine de l'acheteur. Celui-ci se voit donc chargé d'exécuter l'obligation de donner du vendeur, puisque le transport du droit en la puissance de l'acheteur (...), résulte de l'exécution des obligations considérées* ».

2. La réalité du retraitement, la prise de pouvoir sur la chose

144 - La détermination du pouvoir acquis par l'auteur du retraitement. Le retraitement est parfois présenté par la doctrine⁷⁷¹ ou la jurisprudence⁷⁷² comme traduisant pour l'acheteur la prise de possession. Cette présentation n'apparaît cependant pas tout à fait conforme à la conception actuelle du transfert de propriété. Il semble, en effet, que l'*animus* étant transféré en même temps que le droit réel, l'acheteur est déjà possesseur de la chose avant le retraitement. Néanmoins, l'emploi de l'expression "prise de possession" en la matière relève plus, selon toute vraisemblance, de la facilité de langage que de l'approximation juridique. Le vendeur n'étant plus que détenteur à titre précaire, le retraitement ne saurait porter sur un autre pouvoir. Telle est, d'ailleurs, la conception de la doctrine majoritaire qui ne voit dans l'exécution de cette obligation que l'acquisition de la détention. Ainsi, « *l'obligation de prendre livraison implique un transfert, qui n'est ni de propriété, ni de possession, mais de détention* »⁷⁷³. « *La possession étant insuffisante* »⁷⁷⁴, l'obligation à la charge de l'acheteur ne peut donc être réputée exécutée que lorsque celui-ci obtient la détention⁷⁷⁵ du bien vendu⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ V. par ex. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°1522 ; J. DERRUPÉ, Encyc. Dalloz, *Fonds de commerce*, septembre 2008, n°448 ; F. LABARTHE et C. NOBLOT, J.-Cl. Com., fasc. 302, *Le contrat d'entreprise*, n°206 ; P.-Y. GAUTIER, *L'acheteur doit-il se montrer diligent, pour avoir le droit d'invoquer l'exception d'inexécution contre son vendeur ?*, RTD civ. 1993, p. 376 ; H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, *op. cit.*, n°18.

⁷⁷² V. par ex. Cass. com. 27 mai 1986, Bull. civ. IV, n°107.

⁷⁷³ H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. II, *Principaux contrats*, 2^e partie, par M. De JUGLART, *op. cit.*, n°1022 ; Rapp. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°11430, « *la prise de livraison opère un simple transfert de détention, du vendeur vers l'acheteur* » ; B. GROSS et P. BIHR, *Contrats*, *op. cit.*, n°423 ; L. MAUGER-VIELPEAU, J.-Cl. *Contrats - Distribution*, fasc. 370, *Retraitement*, n°7.

⁷⁷⁴ J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, Sirey, 1953, n°265.

⁷⁷⁵ V. liant expressément le retraitement et la détention, CA Aix en Provence, 15 janvier 1993, jurisdata n°1993-044770.

⁷⁷⁶ La situation ne semble guère poser de problèmes. Toutefois, elle pourrait être remise en cause par l'Avant-projet de réforme du droit des biens qui définit la détention comme étant « *l'exercice licite d'un pouvoir précaire exercé sur un bien en vertu notamment, d'un titre prévoyant sa mise à disposition tel le bail, le dépôt ou le prêt* » (art. 559 al. 1^{er}). Envisagée de la sorte, la détention n'apparaît plus comme le simple exercice du *corpus* possessoire, mais comme un pouvoir totalement autonome sur un bien. Dès lors, le pouvoir acquis par le retraitement semble se détacher de la simple détention. Celle-ci n'étant envisagée que sous l'angle d'un pouvoir précaire, il serait inconcevable d'affirmer que l'acheteur, déjà propriétaire du bien, n'acquerrait sur lui qu'un pouvoir temporaire. Il conviendrait dès lors d'opérer une véritable distinction entre détention et *corpus*. Au sens de l'Avant-projet, par l'exécution de son obligation de retraitement, l'acheteur n'acquiert pas la détention du bien mais uniquement le *corpus* possessoire. Si la distinction opérée n'apparaît toutefois que purement terminologique, elle démontre les faiblesses de la présentation. Une telle consécration entraînerait

145 - Une opération indispensable à l'acquisition matérielle de la chose. Dans la vente d'effets mobiliers le retraitement apparaît donc comme l'étape indispensable à l'acquisition du bien. L'emprise sur la chose acquise par ce biais pourrait même être considérée comme le but ultime poursuivi par l'*accipiens*. Dès lors, mise en parallèle avec l'obligation de délivrance, « *l'obligation de retraitement est donc première, en ce sens qu'il revient d'abord à l'acheteur de venir chercher la chose qui lui est délivrée. La chose l'attend, dès la conclusion du contrat, et que le vendeur l'ait libérée de toute entrave matérielle ou juridique* »⁷⁷⁷. L'exécution de l'obligation de délivrance n'apparaît ainsi que comme le fait de permettre à l'acheteur de venir retirer la chose⁷⁷⁸. Il peut paraître surprenant d'accorder un rôle aussi fondamental à une obligation pourtant peu étudiée⁷⁷⁹. Le dédain de la doctrine par rapport à celle-ci peut cependant être attribué au fait que la notion de délivrance, bien que présentée comme une mise à disposition, est généralement trop liée à une remise de la chose. Néanmoins, il est possible de considérer que dans les hypothèses où la délivrance s'exécute par une remise de la main à la main, le retraitement est bien présent. Il est alors presque imperceptible puisqu'il se réalise dans le même trait de temps que la mise à disposition. Le fait pour l'acheteur d'accepter la remise, de prendre le bien que le vendeur lui tend, marque ce retraitement. En une fraction de temps, le vendeur s'est dessaisi matériellement de la chose et l'acheteur s'en est emparé. En remettant, il a abandonné son bien, cessé d'exercer son pouvoir et l'acheteur l'a simultanément acquis. L'utilité du retraitement se comprend également en ce qu'il matérialise l'acceptation de la chose ; en effet, pour exercer un pouvoir sur un bien, à quelque titre que ce soit, l'*accipiens* doit le vouloir.

146 - Synthèse. Complément indissociable de la mise à disposition, l'enlèvement devrait se voir confier un rôle plus important par le droit. L'étude de ses

mécaniquement la reconnaissance d'un pouvoir réel innommé sur la chose distinct de la détention mais ne pouvant être considéré à lui seul comme la possession ; Pour une analyse critique de la définition de la détention dans l'avant-projet, V. W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, *L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique*, D. 2009, p. 508.

⁷⁷⁷ G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, préc., n°19.

⁷⁷⁸ L'octroi d'une certaine primauté à la prise de livraison par rapport à la délivrance dans la vente n'est pas, en soi, une nouveauté. Il semble que dans l'ancien droit grec, l'accent était également mis sur la réception de la chose par l'acquéreur et non sa transmission par le vendeur. V. en ce sens, L. GERNET, *Le droit de la vente et la notion de contrat en Grèce d'après M. Pringsheim*, Revue historique de droit français et étranger, 1951, p. 560, spéc. p. 565, « *en droit hellénistique, la délivrance ne figure même que très rarement dans les ventes ordinaires. Le terme corrélatif de "recevoir" figure en revanche – mais pas avant l'époque romaine – dans les ventes d'esclaves, d'animaux et de navires* ». L'auteur s'inspire ici des travaux de F. PRINGSHEIM, *The greek law of sales*, Weimar, 1950.

⁷⁷⁹ La majorité des développements consacrés aux obligations de l'acheteur étant traditionnellement accordée à l'obligation de payer le prix.

effets traduit ses potentialités. D'un point de vue théorique, il permet d'expliquer le mécanisme du transfert des risques prévu par le Code civil qui ne lie pas si fortement risques et propriété. À considérer que c'est plus le contractant obligé quant à la chose que le propriétaire de cette dernière qui se voit confier cette charge, le principe est plus fidèle à son modèle historique et partant, s'éclaire. La formulation devient alors simple : est tenu des risques celui qui est obligé d'enlever la chose. Ensuite, d'un point de vue plus pragmatique, dans une conception où la délivrance s'opère par la mise à disposition, seul l'enlèvement, ou plus précisément le retraitement est susceptible de faire acquérir le pouvoir sur la chose à l'acquéreur. La première ne consistant qu'en une dessaisine du bien, la seconde constitue l'indispensable saisine.

147 - Conclusion de section : l'acquisition de l'emprise subordonnée à l'enlèvement. Rarement mentionné par le Code dans les obligations issues d'un contrat opérant la mutation d'une chose, l'enlèvement est cependant déterminant dans l'acquisition de celle-ci. Au stade de sa simple reconnaissance, cette opération matérielle suscite l'hésitation. Elle doit être distinguée de différents actes, auxquels elle pourrait être assimilée à tort, comme l'agrégation ou la réception. L'enlèvement se réduit, en effet, à une simple activité matérielle permettant l'acquisition d'un pouvoir sur la chose, et complétant ainsi la mise à disposition. Son importance dans le processus d'acquisition de la chose est néanmoins fondamentale. Si le droit ne le réglemente pleinement qu'en matière de vente d'effets mobiliers corporels, il s'impose naturellement à l'*accipiens*, même s'il ne peut toujours être qualifié d'obligation. Néanmoins, lorsque l'enlèvement est réglementé et qu'il devient une obligation, sous les traits du retraitement cette reconnaissance entraîne une conséquence drastique : son inexécution ouvrant au vendeur la faculté d'invoquer une résolution de plein droit. Par ailleurs, c'est à l'aune du retraitement que s'explique la charge des risques que doit supporter l'acheteur : au-delà de sa qualité de propriétaire, il est tenu envers la chose et se voit imputer, à ce titre, la charge du cas fortuit. Enfin, en raison de la dissociation opérée par la doctrine française entre la chose et le droit portant sur la chose, l'enlèvement n'est pas opérant quant au transfert du droit. Il se limite donc à matérialiser l'acquisition du bien transmis, et emporte subséquemment la création d'un pouvoir unissant l'*accipiens* à la chose.

148 - Conclusion de chapitre : la mise à disposition élément du processus de remise de la chose. Cette étude permet de confirmer et de traduire d'un point de vue juridique le constat purement matériel mené précédemment, mais jusqu'alors limité à la réalité physique des choses, suivant lequel la remise décompose

nécessairement en un double mouvement⁷⁸⁰ : la mise à disposition du bien par l'une des parties et la prise de pouvoir par l'autre⁷⁸¹. Cette proposition se comprend : toute mutation d'une chose implique nécessairement son abandon, définitif ou non, par le *tradens*, et l'acquisition de certaines prérogatives sur celle-ci de la part de l'*accipiens*. Une telle analyse tranche avec la conception traditionnelle du transfert d'une chose qui n'est en principe conçu qu'en une seule étape : la remise. Or la remise ne doit pas être envisagée qu'en fonction du remettant ; « en toute hypothèse, la réception⁷⁸² joue le rôle d'une interface : d'une part, elle se situe à l'extrémité d'un déplacement, d'une expédition, d'une remise, d'autre part, elle place le destinataire dans une situation nouvelle, plutôt en position d'acceptant »⁷⁸³. Envisagée du point de vue du remettant, la mise à disposition, première étape de la remise, ne permet pas l'acquisition du pouvoir. Elle apparaît comme un acte imparfait, à l'image de la *traditio incertæ personæ* du droit romain⁷⁸⁴, puisque seule la perception de la chose par le destinataire de la remise emporte la création d'effet de droit entre la chose et le bénéficiaire⁷⁸⁵. Partant, à considérer que la remise n'est pas un acte n'impliquant que le *tradens* mais que l'*accipiens* prend une part active dans le processus d'acquisition de la chose, la conception de "l'obligation de remise" doit évoluer. En dehors des hypothèses où le Code prévoit explicitement une obligation d'enlèvement à la charge

⁷⁸⁰ V. *Supra*, n° 4.

⁷⁸¹ Si les développements se sont attachés à démontrer ce double mouvement dans les remises "initiales", le raisonnement a vocation à s'appliquer à l'ensemble des remises. Ainsi, la restitution se décompose également en une mise à disposition et un enlèvement. En ce sens, V. CA Papeete, 31 août 2006, numéro Jurisdata : 2006-327551, qui affirme qu'à défaut de stipulations contractuelles contraires la créance de restitution est quérable et non portable et qu'à ce titre le déposant devait venir enlever les biens entreposés au lieu du dépôt.

⁷⁸² Le terme d'enlèvement semble toutefois devoir être privilégié.

⁷⁸³ A. OTTENHOF, *La réception dans les relations contractuelles*, Thèse, Toulouse, 2002, n°4.

⁷⁸⁴ La *traditio incertæ personæ* est « celle par laquelle nous nous dessaisissons d'une chose au profit du premier venu qui voudra et pourra s'en emparer », C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. I, op. cit., n°231. Celle-ci était par exemple utilisée lors de don fait à une foule, le *tradens* jetant dans le public des pièces de monnaie. V. Instit. L. II, T. I, §46 « *hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce praetores vel consules qui missilia iactant in vulgus ignorant quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia volunt quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficiunt* » : « bien plus, il est des cas où, quoiqu'elle se porte sur une personne incertaine, la volonté du maître transfère la propriété. Ainsi les prêteurs et les consuls qui jettent au peuple de la monnaie, ignorent ce que chacun en aura ; mais comme ils veulent que chacun acquière ce qu'il pourra saisir, ils l'en rendent aussitôt propriétaire », trad. J.-L.E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur justinien*, T. I, Joubert, 3^e éd., 1844, p. 406. Les jurisconsultes se divisèrent sur le point de savoir quand la propriété passait au *derelinquens*. Les Proculiens considéraient que le *tradens* ne perdait que la possession et qu'il se retenait la propriété des biens jusqu'à ce que ce que la chose fût occupée par un tiers. À l'opposé, les Sabinien, qui furent suivis par Justinien, estimaient que, de par son geste, il perdait tout pouvoir sur la chose, et que propriété et possession étaient acquises simultanément par le bénéficiaire.

⁷⁸⁵ En ce sens, V. A. OTTENHOF, op. cit., qui considère que dans les contrats réels c'est la réception qui confère la détention, n°42 et s.

de l'*accipiens*, seule serait systématiquement saisie par le droit en tant qu'obligation la part active du remettant : la mise à disposition. De la même façon, il peut être constaté qu'une telle interprétation de la remise lui confère, dans certaines hypothèses, une véritable autonomie. Plus précisément, en considérant que ce double mouvement traduit nécessairement un accord de volontés, il n'est pas impossible que la remise puisse, lorsqu'elle n'est pas une obligation être systématisée en tant qu'opération indépendante d'un éventuel contrat.

149 - Conclusion du Titre 1 : la nécessaire évolution vers la remise.

Telle qu'envisagée classiquement, la remise paraît dénuée de toute juridicité. Dépourvue d'effet translatif de propriété, elle voit également son rôle dans la formation se réduire comme une peau de chagrin. Au même titre, alors qu'il serait possible, à première vue, de lui voir jouer un rôle dans certaines opérations elle n'est en réalité qu'un support permettant à la chose de manifester ses pouvoirs. L'étude n'aurait donc d'autre intérêt que de dresser ce constat fort pessimiste. Il n'en est rien. Les présentations traditionnelles ne s'attachent, en règle générale, qu'à évoquer *les* remises de choses, conçues comme des éléments purement ponctuels ne présentant guère d'unité. Si cette démarche se comprend, puisque le rapprochement entre les différentes situations dans lesquelles les remises sont amenées à jouer un rôle ne relève pas de l'évidence, elle peut être dépassée. Ce n'est pas par les effets produits qu'il convient de déterminer la nature d'une opération, mais c'est plutôt en en déterminant la nature que les effets peuvent être déduits. Partant, afin de découvrir la nature de *la* remise il est indispensable de déterminer le minimum irréductible autour duquel toutes *les* remises gravitent. Quoi de plus naturel alors que de se référer à une conception purement matérielle de l'opération visée ? Seul véritable type de remise auquel le Code accorde des développements substantiels, la délivrance dans le contrat de vente peut ainsi servir de base à l'analyse matérielle. Il est alors frappant de noter que la remise de la chose n'y est pas envisagée uniquement en fonction du vendeur, mais que l'acheteur se voit – du moins dans la vente de meubles corporels – conférer un rôle actif et prépondérant par le biais du retirement. Or si celui-ci est indispensable, cela signifie nécessairement que la remise ne saurait être considérée comme étant parfaitement réalisée du seul fait de la délivrance. En ne concevant plus la remise comme le fruit de la seule activité du *tradens* et en acceptant de considérer le rôle de l'*accipiens* dans le processus d'acquisition des choses, elle peut être analysée sous un jour nouveau : celui de la combinaison d'une mise à disposition et d'un enlèvement. Fortement inspirée de la conception de la remise dans la vente de meubles corporels, retenue à demi-mots par le Code, cette décomposition de la remise est inévitable. Si une telle présentation n'est pas de nature à remettre en cause la

faible efficience de la tradition en matière de transfert de propriété ou de formation du contrat, son mérite est toutefois double. Elle permet, tout d'abord, de proposer d'envisager la remise en tant que notion transversale du droit, en ce que toute transmission de bien répond nécessairement à ce double mouvement. Elle autorise, ensuite, à lui accorder une juridicité nouvelle qu'elle intervienne ou non en exécution d'un contrat.

TITRE 2

TYPOLOGIE DES REMISES DE LA CHOSE

150 - Introduction du titre 2 : un genre et des espèces de remises. La remise, envisagée comme un double mouvement se décomposant nécessairement en deux temps – la mise à disposition et l'enlèvement – paraît en mesure de révéler ses potentialités. La notion de remise ainsi dégagée peut alors être envisagée de façon unitaire : quel que soit le titre en vertu duquel elle intervient, elle ne saurait correspondre qu'à ce modèle. Cela ne signifie pas, néanmoins, qu'une fois envisagée d'un point de vue juridique, la remise ne puisse être saisie de façon différente par le droit. Deux grandes catégories doivent alors être distinguées : les remises constituant des obligations et celles ne constituant pas des obligations. Tout d'abord, analyser la remise de façon duale permet de clarifier la notion "d'obligation de remise" : si la remise emporte une activité du *tradens* et de l'*accipiens*, le premier ne pouvant seul mettre en possession le second, il ne saurait subir l'entière charge de cette opération. Partant, il ne devrait être tenu que de l'activité relevant de sa compétence : la mise à disposition. L'obligation de remise ne comporterait donc que le dessaisissement de la chose. Il apparaît dès lors nécessaire d'exhumer un modèle d'obligation, issu du droit romain, dont l'objet était de saisir les remises de choses : l'obligation de *praestare*. Bien qu'en apparence absente du Code civil, cette obligation semble constituer un réceptacle idoine pour les obligations de mise à disposition.

Si toutes les remises ont vocation à être analysées, d'un point de vue matériel, de façon identique, force est de constater que l'obligation de mise à disposition n'épuise pas l'ensemble du concept lorsque le droit s'en saisit. En effet, « *dans de nombreuses situations, il est permis de se demander si la remise de la chose intervient bien dans le cadre d'une relation contractuelle* »⁷⁸⁶. La question posée semble pertinente, la remise de la chose n'intervient pas nécessairement au titre de l'exécution d'un contrat : toute remise ne saurait donc être qualifiée de remise purement contractuelle. L'affirmation est une évidence ; la remise d'une chose à un

⁷⁸⁶ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°794.

héritier en suite de l'ouverture d'une succession ne s'inscrit en aucun cas dans un rapport contractuel. C'est cependant dans un cadre différent que s'inscrit l'étude qui suit en proposant de systématiser des remises non contractuelles. Il est alors aisé de remarquer la gêne occasionnée pour la doctrine et les tribunaux par certaines opérations situées à la frontière du contrat, mais ne s'y intégrant pas. Elle semble n'être qu'une situation purement réelle : une mise à disposition et une prise de possession isolées, faute d'accord des parties sur la création ou l'existence d'un contrat. Axée sur la combinaison de la mise à disposition et de l'enlèvement de la chose, la consécration des remises détachées du contrat permet de lever le voile sur ces situations particulières.

La remise, envisagée d'un point de vue matériel correspond toujours à la même opération : le genre ne change donc pas. Pour autant, les hypothèses dans lesquelles la remise intervient sont multiples et cela autorise à distinguer des espèces de remises, répondant toujours au même modèle mais saisies de façon différente par le droit. Une typologie des différentes remises peut donc être opérée. Lorsque la tradition intervient en exécution d'un contrat l'analyse duale autorise à consacrer une véritable obligation portant sur la remise (Chapitre 1). Lorsqu'au contraire, la mise à disposition et l'enlèvement interviennent sans contrat préalable, l'accord de volontés se cristallise sur ce double mouvement, et autorise la révélation de remises détachées du contrat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LA CONSECRATION D'UNE OBLIGATION PORTANT SUR LA REMISE

151 - L'obligation de *praestare* : une subtilité déparant le Code civil ?⁷⁸⁷ Le Code civil opère une classification des obligations fondée sur la distinction entre obligation de donner, de faire et de ne pas faire⁷⁸⁸. Néanmoins cette division n'a pas toujours prévalu. Des textes de GAIUS et PAUL évoquent un troisième type d'obligation. Le premier affirme que « *in personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, dare, facere, praestare oportere* »⁷⁸⁹. Le second, au Digeste, dispose que « *obligationum substantia non in eo constitit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* »⁷⁹⁰. Il est ainsi possible de noter qu'aux côtés des obligations de *dare* et *facere*, les auteurs traitent d'une obligation de *praestare*. Au premier regard, cette catégorie d'obligation n'est néanmoins pas présente dans le Code civil qui à l'article 1126 dispose que « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». Le triptyque mis en place par le Code semble toutefois complété par l'article 1127 qui précise que « *le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme*

⁷⁸⁷ BIGOT de PRÉAMENEU, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris, 1827, p. 46, « *les dispositions du titre [sur les obligations] sont puisées presque en entier dans le droit romain, en écartant cependant quelques subtilités qui le déparent* ».

⁷⁸⁸ Sur lesquelles, V. *Infra*, n° 240 et s.

⁷⁸⁹ GAIUS, IV, 2, « *il y a action personnelle, chaque fois que nous agissons avec autrui, qui est obligé envers nous soit à la suite d'un contrat, soit à la suite d'un délit, à donner, à faire ou à fournir* », traduction proposée par M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, T. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°80. Sur la signification à apporter au dernier terme, *praestare* V. *Infra* n° 165 et s.

⁷⁹⁰ D. 44, 7, 3. « *la nature des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'un effet ou d'un droit, mais à obliger quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à mettre à notre disposition quelque chose* » ; il est, en outre intéressant de noter que certains autres textes, notamment *lex de Gallia Cisalpina* ou *lex Irnitana* ajoutent l'obligation de *restituere*, dont les auteurs nient toutefois souvent l'autonomie, V. R. CARDILLI, *L'obligation de praestare et la responsabilité contractuelle en droit romain*, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 1996, p. 81 et s., également disponible *in extenso* sur l'internet à l'adresse suivante : <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/CARDILLI.pdf>.

la chose même, l'objet du contrat ». Cette disposition pourrait alors être le siège d'une catégorie d'obligations détachée de la division traditionnelle. Dès lors, si les codificateurs n'ont pas expressément consacré l'obligation de *praestare*, ils n'ont semble-t-il, pas exclu son admission. Ainsi, la distinction posée en droit positif entre les obligations ne se limiterait pas au transfert ou à la création de droit réel et à la réalisation d'un service, mais inclurait également les obligations portant sur les choses ou plus particulièrement sur leur mouvement. Loin de déparer le Code civil, l'obligation de *praestare*, dont le sens doit être déterminé (Section 1), est dotée d'un champ d'application particulièrement étendu en ce qu'elle a vocation à saisir l'ensemble des obligations portant sur la mutation d'une chose (Section 2).

Section I La réminiscence de l'obligation de *praestare*

152 - La nécessaire détermination de la notion d'obligation de *praestare*. L'obligation de *praestare* ne se laisse pas appréhender aisément. Issue du droit romain, l'analyse historique de cette notion apparaît indispensable afin de la réintégrer en droit positif. Les études menées afin d'en déterminer la nature amènent à des conclusions radicalement opposées et la traduction même du terme "*praestare*" est sujette à polémique. Toutefois, envisagée, comme l'y invite l'article 1127 du Code civil, en tant qu'obligation saisissant la transmission de la chose, l'obligation de *praestare* se dévoile et prend corps. Profondément ancrée dans le transport de la chose, cette obligation aurait vocation à régir un grand nombre de situations. Il est, en effet, possible de dresser un premier constat d'ordre purement factuel. La remise de la chose est, d'un point de vue matériel, la même opération qu'elle intervienne en exécution d'un contrat translatif ou non translatif de propriété. Bien entendu, ses conséquences juridiques diffèrent en fonction de la nature du contrat, mais elle consiste toujours la même activité : le déplacement d'une chose. Dès lors, l'obligation de *praestare* pourrait pleinement s'intégrer en droit contemporain en se dotant d'un contenu indépendant des obligations de donner et de faire. Sa reconnaissance permet un examen systématique et alternatif des différents contrats emportant une remise de la chose. Pour autant qu'il soit possible de percer les mystères de l'obligation de *praestare*, en apparence oubliée du Code civil, et ainsi dépasser les hésitations sur sa nature (§1), un contenu propre pourrait lui être attribué (§2).

§ 1. Les difficultés analytiques de l'obligation de *praestare*

153 - Une obligation mystérieuse ? L'obligation de *praestare* présente de nombreuses difficultés quant à l'analyse de son contenu et de son domaine en droit romain. Insérée au sein d'une trilogie d'obligations aux côtés du *dare* et du *facere*, elle

se révèle « *mystérieuse* »⁷⁹¹, « *un peu énigmatique* »⁷⁹². Ses contours paraissant mal définis, les analyses qui lui sont consacrées ne s'accordent que rarement. Une synthèse est toutefois possible en la matière : un élément de convergence se dessine quel que soit le sens qui lui est reconnu. Le mouvement la chose est, en effet, au cœur de l'obligation de *praestare*. C'est donc en contemplation du transport de la res que doit être envisagée cette obligation. En cristallisant le débat autour de ce minimum irréductible, le *praestare* du droit romain peut prendre forme. Il peut ainsi être envisagé de dépasser la polysémie originelle de la notion (A), et d'élargir son champ d'application à l'ensemble des contrats emportant la transmission d'une chose sans avoir égard à son effet translatif de propriété ou non (B).

A. La polysémie de la notion d'obligation de *praestare*

154 - La controverse quant au sens de *praestare*. La notion même de *praestare* suscite l'hésitation. La doctrine romaniste s'intéressant à la question ne parvient guère à s'accorder sur le rôle que le droit romain attribuait à cette obligation. La controverse sur l'obligation de *praestare* s'établit à deux niveaux. Tout d'abord, certains vont jusqu'à en nier l'autonomie, voire l'existence même, alors que d'autres, s'appuyant sur sa prégnance dans les écrits, attestent de sa présence. Ensuite, la polysémie du terme aidant, le débat s'instaure entre ses défenseurs, le *praestare* est doté d'une fonction flottante : parfois rapprochée de l'idée de garantie (1), elle s'en éloigne, sous certaines plumes pour se rattacher à la notion d'obligation de livrer (2).

1. L'obligation de *praestare* et l'idée de garantie

155 - De *stare praes* à *praestare*. Certains auteurs s'appuient sur l'étymologie du terme *praestare*, pour affirmer qu'originellement, il emportait l'idée d'assumer une certaine responsabilité⁷⁹³. *Stare praes* semble, en effet, pouvoir se

⁷⁹¹ M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 et s. n°3.

⁷⁹² M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, T. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 2008, n°85.

⁷⁹³ V. par ex. R. CARDILLI, préc.

traduire par la "présence d'un garant"⁷⁹⁴. Le terme "*praestare*" signifie alors « *garantir contre quelque chose, répondre d'un fait* »⁷⁹⁵ et apparaît comme une obligation secondaire ou accessoire, nécessairement subordonnée à la présence d'une autre obligation de *dare* ou de *facere*. C'est dans ce cadre, liant *praestare* et garantie, qu'il est possible de retrouver les différentes expressions de *dolum praestare*, ou *culpam praestare*. Ainsi, suivant cette conception le *praestare* trouverait à s'appliquer notamment lorsqu'il s'agit d'une prestation « *quelconque qui ne constitue pas un fait positif* »⁷⁹⁶. Refusant de voir dans l'obligation de *praestare* une catégorie d'obligations à part entière, SAVIGNY estime, quant à lui, que ce terme « *fait allusion aux antiques actions naissant des délits, dans les formules desquelles on ne rencontrait pas dare [ni] facere* »⁷⁹⁷. L'auteur relie donc le *praestare* non à une quelconque obligation contractuelle mais au contraire à la responsabilité délictuelle. La proposition est néanmoins contestable, le terme semblant dépasser les hypothèses d'actions ouvertes au prêteur afin de sanctionner un délit⁷⁹⁸. Tel est notamment le cas lorsqu'un débiteur

⁷⁹⁴ Le verbe *stare*, se traduit par « être debout », « se tenir ». Le terme *praes*, quant à lui, se traduit par « garant », Le grand Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, op. cit., V^o *Sto, stas, stare et praes, aedis*.

⁷⁹⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Litec, coll. Objectif droit, 1^{ère} éd., 2007, n°7 ; N. HERZEN, *Précis de droit romain*, Lausanne, Th. Stack éditeurs, Paris, Artur Rousseau, 1906, § 170 ; Rappr. G. GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti delle prestazioni, obbligazioni alternative e generiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 13^e éd., p. 33, n°12, « le *praestare* est l'objet du *spondere* de la *stipulatio*, il constitue la prestation due, parallèlement au *dare* et au *facere* », cité et traduit par A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préface M. FABRE-MAGAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 441, 2005, n°69.

⁷⁹⁶ Ch. MAYNZ, *Éléments de droit romain*, T. II, Librairie A. DURAND, 2^e éd., 1859, p. 3. L'auteur cite comme exemple « la réparation du dommage que nous avons causé par notre dol ou par notre faute », p. 3, note 9.

⁷⁹⁷ F.-C. DE SAVIGNY, *Le droit des obligations*, T.I, Paris, Ernest Thorin, traduction de G. Gerardin et P. Jozon, 2^e éd., 1873, Ch. 1, §28, p. 332 et 333 ; Rappr. J.-P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, T. I, Gand, Libraire de H. Hoste, 2^e éd., 1866, n°5, p. 6, « quand l'obligation qui n'a pas pour objet un *dare*, résulte soit d'un délit, soit d'un quasi-délit, ou bien lorsqu'entre parties liées par un contrat de bonne foi, l'obligation résulte de la demeure, de la faute ou d'un manquement quelconque à la loi du contrat, donnant lieu à des dommages-intérêts, les jurisconsultes romains se servent du mot *praestare* ».

⁷⁹⁸ En ce sens, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., n°69. L'auteur note que « c'est pourquoi, refusant sur ce point la dichotomie entre le délictuel et contractuel, les auteurs qui ont adhéré à la théorie du *Schuld* et du *Haftung* (...) voient dans le "*praestare*" au sens de "répondre" une réminiscence de la dualité originaire romaine, obligation qui résulterait de conjonction d'un élément "devoir" (*schuld*) et d'un élément "engagement" (...). Car le terme, en désignant la prestation due au titre de la responsabilité, traduirait spécialement l'aspect "engagement" de l'obligation » ; Rappr. R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890, n°82, l'auteur semble assimiler le terme *praestare* au contenu de l'obligation : admettre la transmissibilité active de l'obligation « c'était avouer que l'essence de l'obligation consistait dans la nature de la prestation à accomplir, la façon dont elle devait l'être, et la somme d'activité à laquelle elle pouvait engager, ce que nous avons appelé le contenu de l'obligation, le *praestare* des romains ».

doit *custodiam praestare*⁷⁹⁹ – fournir la garde d’une chose – expression visée expressément par certains textes du Digeste notamment en matière de bail⁸⁰⁰, ou en matière de commodat⁸⁰¹.

156 - L’obligation de *praestare*, une obligation autonome de garantie ?

Un auteur tire parti des liens originels entre l’obligation de *praestare* et l’idée de garantie pour tenter de systématiser la première en tant que catégorie autonome d’obligation⁸⁰². Il prend comme base de réflexion l’obligation de couverture⁸⁰³ et la « *prestation de garantir* »⁸⁰⁴ afin de proposer l’élargissement de la notion en une « *obligation de garantir* ». En ce sens, l’obligation de *praestare* permettrait de combler la faille ouverte par l’analyse des obligations en donner, faire et ne pas faire, lorsqu’il s’agit de déterminer la nature de la couverture que doivent la caution ou l’assureur⁸⁰⁵. Sans retenir une telle conception, il pourrait être admis qu’une telle prestation, lorsque le sinistre ne se réalise pas, est « *imaginaire* »⁸⁰⁶ puisqu’elle ne rentre dans aucune des catégories classiques. Ainsi, l’obligation de garantir, naissant du « *contrat de garantir* »⁸⁰⁷, trouverait à s’appliquer dans « *tous les contrats dans lesquels se trouve l’élément de garantie, qui consiste à assumer l’exécution d’une obligation ou à réparer un dommage* »⁸⁰⁸.

⁷⁹⁹ L’obligation de garder la chose. Sur ce point, V. R. ROBAYE, *L’obligation de garde, essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987 ; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare, la prestación de custodia en el derecho romano*, Tébar, 1^{ère} éd., 2007.

⁸⁰⁰ V. par ex. D. 19, 2, 60, 9, « *rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter conuenerit* » : « je pense que la garde des objets déposés dont l’horrearius devait répondre, le bailleur de l’ensemble des entrepôts ne doit pas en répondre, sauf convention contraire dans le bail », trad. R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁰¹ V. R. CARDILLI, préc. n°3.

⁸⁰² N. KANAYAMA, *De l’obligation de couverture à la prestation de garantir*, in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p.375 et s. ; Rappr. du même auteur, *Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire*, in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^e siècle*, LGDJ, 2001, p.473 et s.

⁸⁰³ Notion dégagée par C. MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, préface M. CABRILLAC, Librairies techniques, Bibliothèque de droit de l’entreprise, 1979, n°252 et s.

⁸⁰⁴ F. OHO, *Saiken Sôron*, 1972, p. 24 et s., 251 et s. et 289 et s., cité par N. KANAYAMA, *Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire*, préc., p. 481 note 22.

⁸⁰⁵ N. KANAYAMA, *De l’obligation de couverture à la prestation de garantir*, préc., p. 384.

⁸⁰⁶ V. NICOLAS, *Essai d’une nouvelle analyse du contrat d’assurance*, préface J. HÉRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 267, 1996, n°160, l’auteur poursuit son analyse en affirmant que dans cette hypothèse, le contrat serait sans objet, et le paiement de la prime à l’assureur sans cause.

⁸⁰⁷ N. KANAYAMA, préc., p. 398.

⁸⁰⁸ N. KANAYAMA, préc., p. 399.

La proposition n'est toutefois pas sans susciter certaines critiques. Tout d'abord, comme il a pu être noté, la théorie proposée conduit à « *un élargissement contestable de la notion* »⁸⁰⁹ d'obligation de *praestare*. L'obligation de garantir, telle qu'envisagée par l'auteur, recouvre l'obligation de couverture et celle de règlement ; or cette analyse « *dénie à l'obligation de praestare un véritable contenu autonome et spécifique dans la mesure où [l'auteur] est contraint, afin d'expliquer l'obligation de règlement, de réutiliser les qualifications d'obligation de faire et de donner. C'est le cas notamment lorsque l'obligation porte sur le règlement et se traduit par le paiement de somme d'argent (...) ou (...) dans le cadre de la garantie de "bonne fin des travaux", où il s'agit alors d'une obligation de faire* »⁸¹⁰. De même, et de façon plus convaincante encore, il peut être reproché à la présentation de mêler la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat de cautionnement⁸¹¹. Assimiler l'exigence de couverture à une obligation ne convainc pas totalement : « *c'est bien une curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet (...). Bien curieuse obligation encore parce que le créancier ne pourra jamais en demander l'exécution, ni en faire sanctionner l'inexécution, et d'ailleurs on peut dire que cette "obligation" ne deviendra jamais exigible : le créancier ne pourra agir contre la caution que pour faire exécuter ses obligations de règlement* »⁸¹². La couverture ne serait donc pas une obligation, mais relèverait de la force obligatoire du contrat de cautionnement⁸¹³. L'exclusion de l'obligation de couverture du domaine de l'obligation de *praestare* n'est cependant pas de nature à vider l'analyse proposée de tout son sens. Les origines de cette obligation attestent, en effet, de la force des liens existant entre le mécanisme de garantie et le *praestare*.

Proposant également une analyse de l'obligation de *praestare* comme une garantie, un auteur a pu en dégager une application dans le cadre du contrat de travail⁸¹⁴. L'employeur étant tenu d'une obligation de fournir un emploi au salarié, il serait possible d'admettre « *que l'engagement de l'employeur de maintenir l'emploi*

⁸⁰⁹ S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999, n°257.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 et s., spéc. n°41 et s.

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Ibid.*, « *dès la signature du contrat, la caution, même si elle n'est pas encore débitrice, est tenue par le contrat qui stipule que lorsque la personne cautionnée deviendra débitrice, la caution le deviendra également* ».

⁸¹⁴ G. PIGNARRE, *L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié, vers la reconnaissance d'une obligation de praestare dans le contrat de travail ?*, D. 2001, p. 3547 et s.

procède d'une obligation [de praestare] conçue comme une obligation de garantir »⁸¹⁵. Une telle obligation trouverait à s'appliquer non seulement au moment de la conclusion du contrat de travail, mais également tout au long de l'exécution de la prestation. C'est ainsi que l'auteur propose, par exemple, de qualifier l'obligation de reclassement, dans l'hypothèse d'un licenciement économique, d'obligation de *praestare*⁸¹⁶. À première vue, l'idée peut surprendre : l'obligation de *praestare*, entendue en son sens originel "d'être garant", semble particulièrement liée aux obligations portant sur les mutations de choses. En se limitant à cette analyse, le contrat de travail ne pourrait être le siège d'une obligation de *praestare*, l'obligation de l'employeur ne portant pas sur une chose. Toutefois, une certaine réification de l'objet de la prestation de l'employeur est envisageable. Il a été, en effet, constaté que pour le salarié l'emploi est le « *substitut de la propriété* »⁸¹⁷ et qu'en contrepartie de la prestation qu'il fournit il devient « *titulaire de son emploi* »⁸¹⁸. Dès lors, l'auteur suggère que le salarié « *accède en quelque sorte à une sorte de droit réel sur son emploi* »⁸¹⁹. Ainsi envisagée, la conception séduit : l'employeur serait débiteur d'une obligation de *praestare* consistant dans la mise à disposition d'une chose⁸²⁰ – l'emploi – puis dans la préservation, la garantie, du rapport créé entre le salarié et cette chose.

L'emploi du verbe *praestare* est susceptible d'une interprétation extensive, « *quelle que soit la nature de sa dette, l'obligé est toujours, d'une certaine façon, responsable de ce qu'il doit. Praestare en vient ainsi à signifier, "assurer, fournir, effectuer une prestation"* »⁸²¹. Aussi, un glissement peut-il s'opérer d'une obligation de *praestare* dans le sens de garantie, à une obligation de *praestare* dans le sens de livrer, fournir, ou mettre à disposition.

2. L'obligation de *praestare* et l'obligation de livrer

157 - L'obligation de *praestare* envisagée comme une remise de la chose à titre temporaire. La définition du terme "*praestare*" ne se limite pas à l'idée de garantie ; en effet, il peut également être traduit par « *mettre à la disposition,*

⁸¹⁵ G. PIGNARRE, préc., n°18.

⁸¹⁶ G. PIGNARRE, préc., n°19.

⁸¹⁷ A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Droit social 1997, p. 238.

⁸¹⁸ J. SAVATIER, *Les salaires d'inactivité*, Droit social 1984, p. 170.

⁸¹⁹ G. PIGNARRE, préc., n°11.

⁸²⁰ Pour l'analyse de l'obligation de *praestare* en tant que mise à disposition, V. *Infra* n° 177.

⁸²¹ R. ROBAYE, *Le droit romain*, Bruylant, 3^e éd., 2005, p. 192.

fournir »⁸²². La majorité des romanistes s'intéressant à l'obligation de *praestare* en droit romain voit dans celle-ci une obligation de livrer la chose. Cette obligation de livrer doit alors être distinguée des obligations de *dare* – transférer la propriété – et semble alors caractériser l'obligation d'un *tradens* transférant son bien à titre temporaire⁸²³. Historiquement, l'obligation de *praestare*, analysée comme une obligation de livrer la chose, à charge pour l'*accipiens* de la restituer, apparaît s'être révélée après la systématisation stricte des obligations de *dare* et de *facere*. Aux origines du droit romain, il semble que les contrats dont l'objet était la mutation d'une chose emportaient nécessairement un transfert de propriété, l'obligation en cause étant alors de *dare*⁸²⁴. Ce n'est que plus tard que, « *poussant plus loin l'analyse, on remarqua que l'obligation avait quelquefois pour objet la remise d'une chose au créancier, sans transfert de la propriété d'un droit réel. C'est cette variété du facere se rapprochant du dare, sans toutefois se confondre avec lui, qu'on appela d'un nom spécial, praestare, d'où est venue l'expression prestation* »⁸²⁵. Dans cette acception, l'obligation de *praestare* trouve à s'appliquer lorsque le contrat conclu opère la transmission d'une chose, sans toutefois opérer la mutation du droit sur la chose. Néanmoins, la proximité entre l'obligation de *praestare*, envisagée comme l'obligation de livrer une chose à titre temporaire et les obligations de *dare* et de *facere*, a pu conduire certains auteurs à nier un champ d'application propre à cette première obligation.

158 - La négation doctrinale d'un champ d'application propre à l'obligation de *praestare*. Si certains auteurs écartent tout simplement de leurs développements toute référence à l'obligation de *praestare* en droit romain⁸²⁶, d'autres n'y voient qu'une émanation de l'obligation de *dare*. Ainsi, sous la plume d'une partie de la doctrine analysant le Code civil à la lumière du droit romain, l'obligation de

⁸²² Le grand Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, V° *praesto, as, are*.

⁸²³ J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. II, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 3e éd., 1844, p. 112 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, p. 19 et s. ; G. MAY, *Éléments de droit romain*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 5e éd., 1898, n°123 ; J.-F. BREGI, *Droit romain, Les obligations*, Ellipses, 2006, p. 234 ; Adde, M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885, n° 8, « *praestare avait en droit romain plusieurs acceptions diverses, dont le sens n'était pas parfaitement précisé. Par opposition au mot donner, dandum, il signifiait livrer, faire avoir une chose, sans translation de propriété* ».

⁸²⁴ V. par ex. GAIUS, III, 92 ; IV, 4.

⁸²⁵ G. MAY, *Éléments de droit romain, op. cit.*, n°123. L'auteur admet que la trilogie des obligations du droit romain n'est pas toujours mentionnée ainsi et n'apparaît que sous la forme du *facere* et du *dare*, le *praestare* se trouvant compris dans *facere*, n°123, note 2.

⁸²⁶ V. par ex. A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, (obligations)*, Dalloz, 3e éd. par R. VILLERS, 1970 ; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Plon, LGDJ, 2e éd., 1928

praestare semble absorbée par l'obligation de donner⁸²⁷. Le raisonnement n'est pas dénué de logique : la remise de la chose consiste toujours dans le même fait, qu'elle intervienne en exécution d'un contrat translatif de propriété ou non. Si l'effet que le droit attache à cette remise peut varier – parfois elle emporte un transfert de propriété, parfois elle n'octroie que la détention – le fait matériel est toujours le même. Aussi, est-ce par une conception particulièrement large de l'obligation de *dare* que certains y font rentrer le *praestare* : *dare* signifiant alors transférer la propriété et livrer.

L'analyse n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des auteurs niant un champ d'application propre à l'obligation de *praestare*. Certains y voient en effet, non pas une facette de l'obligation de *dare*, mais plutôt de celle de *facere*. Suivant cette conception, la prestation attendue à laquelle correspond l'obligation de *praestare* ne serait « *qu'une subdivision du fait* »⁸²⁸. Une telle présentation de l'obligation traduit les hésitations inhérentes à son étude. Ainsi par exemple, alors qu'il rejette le *praestare* en tant que catégorie d'obligation contractuelle, SAVIGNY, contraint par le texte de PAUL⁸²⁹, le réintègre tout de même en y voyant un synonyme de *facere*⁸³⁰. Ici encore, la solution retenue se comprend, livrer ou mettre à disposition une chose correspond bien à faire quelque chose.

La polysémie de la notion de "*praestare*" semble être à l'origine de la difficulté rencontrée par les auteurs ayant tenté de définir l'obligation de *praestare* en droit romain. Néanmoins, la prégnance du terme dans les écrits tend vers la reconnaissance et l'admission d'une obligation de *praestare* en tant que catégorie autonome d'obligation à Rome : « *il est effectivement probable que [l'obligation] de praestare ne se retrouverait pas aussi systématiquement dans toutes les définitions romaines si elle*

⁸²⁷ V. par ex. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. VIII, *Les contrats et les obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 2e éd., 1936, réimpr. 1996, n°166, si le débiteur s'engage seulement à livrer la chose, c'est-à-dire à en conférer ou à en restituer soit la possession, soit même la simple détention, « *c'est encore, si l'on veut, une obligation de donner ; seulement donner n'est plus alors synonyme de dare, mais de praestare* » ; V. également mais opérant le rapprochement de façon implicite et sans mentionner la notion d'obligation de *praestare*, V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. IV, Paris, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873, n°447 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1877, n°303 ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, Paris, E. Plon et cie, 2e éd. par E. COLMET de SANTERRE, n°52.

⁸²⁸ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 472 ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, PUF, 2^e éd., 1969, n°123.

⁸²⁹ D. 44, 7, 3 « *Obligationum substantia non in eo constitit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ».

⁸³⁰ F.-C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, M.-Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1846, trad. M.-Ch. Guenoux, t. 5, appendice XIV, XXVIII, p. 584.

n'avait vraiment nulle spécificité »⁸³¹. Il est alors possible de dépasser les analyses tendant à sa scission et de considérer que le *praestare* prenait les traits d'une obligation plus large englobant les idées de garantie et de mise à disposition d'un bien. Telle est la présentation sur laquelle s'accordent certains romanistes, considérant ainsi que l'obligation de « *praestare comprend une catégorie spéciale de faits, savoir ceux qui s'appliquent à une chose corporelle sans exiger ni art ni création d'aucune espèce, et particulièrement ceux qui consistent à mettre, d'une manière plus ou moins complète, une chose corporelle ou incorporelle à la disposition sans le rendre propriétaire : ainsi veiller à la garde d'un esclave ou à la conservation d'un fonds, en faire la simple remise matérielle, ou procurer ou en garantir la possession et la jouissance, céder une action, voilà les prestations proprement dites* »⁸³². Une telle conception ne peut toutefois être retenue qu'en se détachant de la scission classiquement opérée entre contrats translatifs et non translatifs de propriété.

B. Le détachement entre transfert de propriété et obligation de *praestare*

159 - Temporalité et obligation de *praestare*. L'analyse historique de l'obligation de *praestare* est marquée par les hésitations. La majorité de la doctrine, relayée en ce sens par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, restreint son champ d'application aux seuls transports de choses limités dans le temps. Elle apparaît ainsi comme une alternative dans la classification traditionnelle des obligations : il n'y a pas encore *dare*, « *mais il y a plus que facere* »⁸³³ (1). Néanmoins, l'analyse de l'évolution de la notion, notamment dans l'Ancien droit, conduit à remettre en cause cette limitation opérée en contemplation de l'effet translatif du contrat. Les remises de choses à titre définitif pouvant parfaitement s'intégrer au sein des obligations de *praestare* (2).

⁸³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85, n°3.

⁸³² C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3e éd., 1879, n°507 ; Rapp. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II, Domat, Montchrestien, 6e éd., 1940, n°129 à propos de l'obligation du bailleur, et n°167 où l'auteur considère que *praestare* signifie également « *responsable* ».

⁸³³ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, T. 1., *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°80.

1. Les analyses "traditionnelles" : une obligation de *praestare* limitée au seul transfert de l'usage à titre temporaire

160 - L'obligation de *praestare* dans les contrats portant sur des choses. S'inspirant du modèle romain de l'obligation de *praestare* conçue comme une obligation de livrer la chose sans toutefois en transférer la propriété, une partie de la doctrine tente de systématiser une telle obligation. Celle-ci trouverait à s'appliquer dans les contrats portant sur la remise d'une chose à titre temporaire⁸³⁴. L'objet de l'obligation de *praestare* telle que présentée par ces auteurs serait de créer un droit personnel à son créancier visant à contraindre le débiteur à mettre la chose à disposition, à charge pour le premier de restituer la chose au terme du contrat. N'emportant qu'« *un transfert momentané de l'usage* »⁸³⁵, l'obligation de *praestare* se distinguerait ainsi du *facere* qui oblige son débiteur à « *réaliser un profit du créancier* »⁸³⁶ et du *dare*, qui vise le transfert ou la création d'un droit réel. Son domaine serait, semble-t-il, restreint aux seuls contrats de prêt à usage et de consommation, au bail et à « *leurs variations nommées et innommées* »⁸³⁷ telles le contrat de coffre-fort ou de parking.

Cette acception de l'obligation de *praestare* semble avoir été consacrée par l'"Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", qui dispose en son article 1146 que « *l'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage ; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt* »⁸³⁸. Un auteur, propose également

⁸³⁴ Le regain d'intérêt de la doctrine pour l'obligation de *praestare* est dû à M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, préc., spéc. n°2 et s.; du même auteur, *Les obligations*, T. 1., *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°80 et 85 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface J. BRETHER de La GRESSAYE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 91, 1969, p. 39 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., n°69 et s. ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°11 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n°170 et s. ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préface É. LOQUIN, l'Harmattan, 2008, spéc. n°118 et s. ; Rappr. mais octroyant une plus grande portée à l'obligation de *praestare*, A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, op. cit., n°29 ; G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTD civ. 2001, p. 41, pour l'analyse d'une telle présentation V. *Infra* n° 162 et s.

⁸³⁵ F. CHÉNEDÉ, op. cit., n°171.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ F. CHÉNEDÉ, op. cit., n°175

⁸³⁸ Pour une présentation résolument critique de l'obligation de donner à usage V. G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala*, D. 2007, p.384 ; les projets

d'intégrer une telle obligation en droit positif mais refuse la terminologie d'obligation de mise à disposition et y substitue celle d'« *d'obligation de donner à jouir* »⁸³⁹. Cette dénomination devrait être préférée en ce qu'elle « *répond mieux aux critères de la définition "réelle", à la fois suffisamment générale pour permettre de saisir les éléments constitutifs de la chose et suffisamment succincte pour ne pas en englober une autre* »⁸⁴⁰. Sans prendre, pour l'instant, parti sur le fond, quelques précisions d'ordre terminologique s'imposent. Tout d'abord, l'utilisation du terme "donner" ne paraît pas judicieuse⁸⁴¹. Il renvoie, en effet, trop à *dare* qui vise le transfert ou la création d'un droit réel⁸⁴², lors même qu'un tel effet est expressément exclu par la définition. De même, l'adjonction de « *à jouir* », ne semble guère adaptée. Si la jouissance peut, dans un sens large, renvoyer à l'usage du bien transmis, elle se limite dans un sens strict à la perception et la disposition des fruits⁸⁴³. Or une obligation de *praestare* qui se limiterait à la transmission d'un bien emportant nécessairement un droit aux fruits pour l'*accipiens*, exclurait de son champ d'application le prêt à usage⁸⁴⁴, pourtant cité à titre d'exemple par l'Avant-projet.

161 - Des applications particulières de l'obligation de *praestare* dans le contrat de travail. Suivant une partie de la doctrine, l'obligation du salarié dans un contrat de travail doit être envisagée comme une obligation de mise à disposition et donc de *praestare*⁸⁴⁵. Afin de qualifier la prestation que doit réaliser le salarié, cette analyse part du constat selon lequel elle ne pourrait se réduire à une obligation de

postérieurs n'ont cependant pas prolongé le mouvement initié en faveur d'une reconnaissance de cette obligation.

⁸³⁹ N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, op. cit., n°118.

⁸⁴⁰ N. CARDOSO-ROULOT, op. cit., n°119.

⁸⁴¹ En ce sens, V. G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala*, préc., spéc. n°2.

⁸⁴² Sur la notion d'obligation de donner, V. *Infra*, n° 243 et s.

⁸⁴³ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V°jouissance.

⁸⁴⁴ L'emprunteur à usage n'ayant pas droit aux fruits de la chose, V. en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1988, Bull. civ. I, n°300 ; RTD civ. 1989, p. 570, obs. Ph. RÉMY ; V. toutefois Cass. civ. 18 février 2009, inédit, pourvoi n°08-11234, RDC 2009, p. 1138, note P. PUIG, qui affirme que « *le prêt à usage devant permettre à l'employeur de se servir personnellement de la chose, c'est sans encourir le grief de la violation de l'article 1875 du Code civil que l'arrêt attaqué retient, pour répondre à l'argumentation selon laquelle l'emprunteur ne perçoit pas les fruits, que le prêt en cause ayant été conclu pour un usage agricole de terre prêtées, devait permettre à l'emprunteur de faire consommer l'herbe par ses animaux ou de la récolter* ».

⁸⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, sous la direction de A. SUPIOT, *Droit et société*, LGDJ, T. XXII, 1998, p. 101 et s.

faire⁸⁴⁶. Puisque « *le salarié ne s'engage pas simplement à faire quelque chose pour l'employeur* »⁸⁴⁷, et que la qualification de sa prestation en obligation de donner est « *inacceptable* »⁸⁴⁸, la seule catégorie pouvant recueillir la prestation du salarié serait celle de l'obligation de *praestare*. C'est donc « *la personne elle-même dans l'une de ses facettes, un aspect tant de son corps que de sa volonté* »⁸⁴⁹, qui constituerait l'objet de la mise à disposition. La présentation peut être rapprochée d'une autre analyse tendant également à reconnaître, une obligation de mise à disposition à la charge du salarié⁸⁵⁰. La spécificité de l'obligation de *praestare* tient ici au fait que ce n'est pas le salarié, en tant que personne, qui est mis à la disposition de l'employeur, mais sa force de travail⁸⁵¹. Cette proposition se comprend en analysant le contrat de travail au regard de ses origines: le louage de services. Il peut alors être affirmé que le contrat de travail n'est qu'un louage de chose spécial⁸⁵². La force de travail est ainsi réifiée et, partant, devient l'objet de la mise à disposition par le salarié au bénéfice de son employeur⁸⁵³. Néanmoins, l'analyse de l'obligation du salarié en une obligation de

⁸⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, préc., spéc. p. 104 et s. ; Rapp. A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, les voies du droit, 1994, p. 52 et s., spéc. p. 58, « *la banale obligation de faire ou de ne pas faire, à laquelle on prétend réduire ici l'obligation du salarié* ».

⁸⁴⁷ M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 104. La qualification de l'obligation du salarié en obligation de faire ne permettrait pas, suivant l'auteur, d'expliquer que l'employeur acquiert l'activité du salarié « *et non pas seulement le résultat de ce travail* ». De plus, le salarié étant engagé « *dans sa personne et dans son corps* », l'auteur s'inspire ici de la thèse d'A. SUPLOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse Bordeaux, 1979, et du même auteur, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 51 et s., sa situation diffère donc, de celle de l'entrepreneur dans un contrat d'entreprise ; Rapp. T. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Droit social 1992, p. 859 et s.

⁸⁴⁸ M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 106, car « *l'employeur pourrait acquérir, par le contrat de travail, un droit de propriété sur la personne du salarié, ou sur l'un des éléments de son corps, ce qui est, bien évidemment, inadmissible* ».

⁸⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 115.

⁸⁵⁰ T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préface F. ZÉNATI, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 28, n°223 et s.

⁸⁵¹ T. REVET, op. cit., n°30 et s.

⁸⁵² T. REVET, op. cit., n°33, démontre, en analysant les articles 1780 et s. du Code civil, que « *c'est une location qu'organise le louage de services* », l'objet de ce louage étant la force de travail. La parenté entre louage et contrat est déjà relevée par M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, op. cit., n°1827, « *ce contrat est bien un louage (...). La chose louée est la force de travail qui réside en chaque personne, et qui peut être utilisée par autrui, comme celle d'une machine ou d'un cheval. Cette force peut être mise en location, et c'est justement ce qui arrive dans ce contrat (...)* ». L'auteur répugne d'ailleurs à l'emploi de l'expression "contrat de travail", qu'il juge peu juridique et dont il estime qu'« *en droit, elle n'a pas de plus de raison d'être que l'expression symétrique "contrat de maison", si on l'appliquait au louage des choses* » (n°1826).

⁸⁵³ La dépossession étant le critère du louage, il a pu être reproché à cette théorie de ne pas tenir compte du fait que le salarié ne peut être dépossédé de sa force de travail (M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 111, « *dans le contrat de travail (...), il est clair que la force de travail étant indissociable de la personne même du salarié, il est impossible pour celui-ci de s'en déposséder, de la remettre à l'employeur* »). L'auteur affirme néanmoins que si la mise de à disposition de la force de travail peut s'effectuer sans dépossession matérielle, « *elle se réalise, en principe, seulement avec la mise en œuvre de la force de travail. Le louage de force de travail est donc*

praestare peine à convaincre. Différents arguments militent en faveur de la catégorisation de l'obligation du salarié sous la bannière des obligations de faire. Tout d'abord, l'article 1710 du Code civil est particulièrement explicite quant à la prestation attendue du débiteur du louage d'ouvrage lorsqu'il affirme que « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose* »⁸⁵⁴ pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». De même, il a pu être remarqué que « nul autre que [le salarié] ne peut exécuter la prestation de travail. C'est d'ailleurs pour cette raison que le contrat de travail est conclu intuitu personae du côté du salarié. Cette personnification, révélatrice de la philosophie qui s'évince de l'article 1142 du Code civil, plaide donc fortement pour le rattachement d'une telle obligation à la catégorie des obligations de faire »⁸⁵⁵. Enfin, comme le note de façon percutante un auteur, il semble que le salarié n'est tenu que de déployer une certaine activité « *au profit et sous le contrôle [de l'employeur] (...) le salarié ne loue pas sa force de travail, il travaille tout simplement* »⁸⁵⁶.

Classiquement, les études tendant vers la reconnaissance d'une obligation de *praestare* limitent son intégration au sein des contrats n'emportant pas de transfert de propriété. Seules pourraient être considérées comme relevant d'une telle obligation les opérations de remise n'intervenant pas en exécution d'un contrat translatif. Une telle analyse peut, toutefois, être étendue, certaines études historiques démontrant la présence de ce type d'obligation dans la vente romaine notamment.

2. Une proposition : l'intégration des remises à titre définitif

162 - La présence historique de remises à titre définitif dans les obligations de *praestare*. Différentes études du droit romain consacrent une obligation de *praestare* à la charge du vendeur. L'obligation de délivrance, imposée au vendeur, n'implique pas, en elle-même, de rendre l'acheteur propriétaire. Comme le note un auteur, « à la différence de notre droit moderne, le droit romain n'admet pas

une location sans dépossession. Mais il s'agit bien d'une location : s'il n'y a dépossession matérielle, il y a en revanche, dépossession juridique », T. REVET, op cit., n°243 ; Rappr. du même auteur, L'objet du contrat de travail, préc., qui précise que l'employeur possède « la maîtrise juridique » en raison du pouvoir de subordination.

⁸⁵⁴ Nous soulignons.

⁸⁵⁵ G. PIGNARRE, *L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié, vers la reconnaissance d'une obligation de praestare dans le contrat de travail ?*, préc., n°7.

⁸⁵⁶ F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n°176. L'auteur appuie sa démonstration en citant la définition du contrat de travail proposée par la Société d'Études Législatives : « *le contrat de travail est le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire (...)* », Bulletin de la Société d'Études Législatives 1905, p. 499 et s.

que l'acheteur puisse se plaindre, en se fondant uniquement sur le fait qu'il n'est pas devenu propriétaire. De nombreux textes insistent sur l'idée que le vendeur est tenu de transférer son pouvoir de fait sur la chose et de remettre à l'acheteur la libre possession »⁸⁵⁷. Cette transmission de la libre possession se traduit selon ULPIEN soit par « *possessionem tradere* »⁸⁵⁸, soit par « *praestare rem* »⁸⁵⁹. Le mot *dare* étant lié au transfert de la propriété, il devrait être fréquemment utilisé dans les écrits visant l'obligation de délivrance dans le cadre d'une vente. Or il peut être remarqué que de nombreux textes du Digeste tentent d'« éviter de désigner la délivrance du vendeur par *dare* »⁸⁶⁰. Il ressort donc que *dare* n'est pas l'objet de l'obligation de délivrance du vendeur, qui consisterait plutôt à *praestare*.

Le postulat selon lequel les obligations de *praestare* ne pouvaient intervenir que lorsque le contrat n'emportait pas de transfert de la propriété, semble donc pouvoir être contredit. Il ne semble pas que cette obligation emportait nécessairement la création d'un pouvoir temporaire au bénéfice de l'*accipiens*. Son sens semble être bien plus large, et se rattache à l'idée de « fournir un avantage qui ne soit ni un droit réel, ni un acte matériel ou un service. Ce peut être par exemple, dans le cas de la vente, la jouissance fournie par le vendeur à l'acheteur de la chose vendue ; on dira qu'il "*praestat*" la possibilité de jouir de la chose »⁸⁶¹. La limitation, opérée par une grande partie de la doctrine, du *praestare* aux seuls contrats non translatifs de propriété peut néanmoins être expliquée par l'influence de la convention de *praestaria* et de *precaria* de l'Ancien droit. La première, nécessairement temporaire, peut être définie comme « une concession faite par l'Eglise de l'usufruit de quelque héritage pendant la vie du preneur, moyennant une redevance ; comme de fournir certaine quantité de cire pour les luminaires, quelquefois aussi sans redevance ; et le plus souvent cette concession d'usufruit se faisait à celui-là même qui avait donné l'héritage à l'Eglise »⁸⁶². La seconde, est la « concession d'une terre à charge de

⁸⁵⁷ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II, *op. cit.*, n°114.

⁸⁵⁸ D. 19, 1, 11, 1.

⁸⁵⁹ D. 19, 1, 11, 2.

⁸⁶⁰ M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse, Lausanne Imprimerie C. Risold et fils, 1933, p. 66. Peuvent ainsi être mentionnés : D. 19. 1. 51pr. et 1 ; D. 11. 6. 3. 2 et 3 ; D. 19. 1. 11. 6 ; D. 41. 2. 1. 21 ; Adde, R.-J. POTHIER, *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae*, T. VII, Paris, Ex typis Dondey-Dupré, trad. D. de Bréard-Neuville, 1821, il est possible de trouver dans cet ouvrage différentes applications de l'obligation de *praestare* notamment dans l'étude du contrat d'achat-vente : « *quid sit praestare emptori rem habere licere* », traduit par « ce que c'est que faire avoir et jouir l'acquéreur, c'est-à-dire le mettre en propriété et en jouissance de la chose », p. 102 pour la version latine et 103 pour la traduction française.

⁸⁶¹ H. LEVY-BRUHL, *Cours de droit romain*, année 1955-1956, Service d'édition des cours de la faculté de droit, Paris, p. 11

⁸⁶² J.-J. BRILLON *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, T.V, Charles Osmont, 1711, V°*praestaria*.

redevance et de services avec rétention de la propriété par le concédant, transfert de la jouissance au concessionnaire et faculté de révocation en cas de non exécution des charges »⁸⁶³. La confusion vient ici du fait que, comme l'a démontré un auteur, si cet acte rédigé au nom du cessionnaire – le *precator* – est bien nommé *precaria*, lorsque celui-ci est rédigé au nom du cédant – le *prestator* – il est dénommé *praestaria*⁸⁶⁴. Or cette précision terminologique semble être tombée en désuétude et les notions employées l'une pour l'autre dès les années 850⁸⁶⁵. Si l'idée de transmettre une chose se retrouve aussi bien dans l'obligation de *praestare* du droit romain que dans les conventions de *praestaria* ou de *precaria*, les notions ne peuvent pourtant être confondues. L'obligation de *praestare* apparaît comme parfaitement apte à rendre compte de situations dans lesquelles la mise à disposition s'opère à titre définitif.

163 - La reconnaissance de la mise à disposition définitive comme élément du *praestare*. Il ressort de l'analyse historique que l'obligation de *praestare* saisit les mises à disposition définitives. Le fait que le contrat conclu emporte un transfert de propriété ne semble donc pas exclure par nature une telle qualification⁸⁶⁶. La conception d'une obligation de *praestare* limitée aux seuls contrats non translatifs n'est d'ailleurs pas exempte de reproches. Un auteur estime qu'elle ne trouverait à s'appliquer que dans les contrats de bail, de prêt à usage et de prêt de consommation⁸⁶⁷. S'il semble indéniable que l'objet des obligations des *tradens* dans ces contrats est bien un *praestare*⁸⁶⁸, la limitation est plus contestable. Plus spécifiquement, reconnaître une telle obligation dans le prêt de consommation ne semble pas en adéquation avec la restriction du domaine aux seuls contrats non translatifs. Il peut, en effet, être proposé d'analyser le prêt de consommation comme

⁸⁶³ É. CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé, des origines à 1815*, T. I, Paris, Sirey, 1926, p. 421 ; la convention de *precaria* se distingue du *precarium* romain, concession gratuite et révocable *ad nutum*. La définition d'É. CHÉNON est toutefois contestée par J.-F. LEMARIGNIER, *Les actes de droit privé de Saint Bertin au haut Moyen-âge. Survivance et déclin du droit romain dans la pratique franque*, Revue internationale des droits de l'Antiquité, 1950, p. 35 et s., qui considère que la référence à la redevance ne se justifie pas.

⁸⁶⁴ L. MORELLE, *Les actes de précaire, instruments de transferts patrimoniaux (France du Nord et de l'Est, VIIIe-XIe siècle)*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome, Moyen-âge*, 1999, Vol. 111, n° 2, p. 615 ; *Adde*, dans la même revue, et décrivant le même mécanisme de la double rédaction, L. FELLER, *Précaires et livelli, les transferts patrimoniaux ad tempus en Italie*, p. 725 et s.,

⁸⁶⁵ L. MORELLE, *préc.*, p. 616.

⁸⁶⁶ En ce sens V. S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, *op. cit.*, spéc. n°260 ; G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, *préc.*, spéc. n°11.

⁸⁶⁷ F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n°175.

⁸⁶⁸ Sur ce point V. *Infra* n° 178 et s.

un contrat translatif de propriété. Si le transfert y est accidentel et subi⁸⁶⁹, il se réalise néanmoins. Aussi, alors même que les propositions excluent les contrats translatifs de propriété, elles intègrent le prêt de consommation, lui-même translatif. Ce contrat apparaît comme le point d'ancrage de la faiblesse de la distinction opérée en fonction de l'effet translatif du contrat. Suivant la définition de l'obligation de donner à usage, posée par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, l'obligation du *tradens* est susceptible de rentrer dans deux catégories. Puisqu'il y a un transfert de propriété, il peut être soutenu qu'il fait naître une obligation de donner ; mais puisqu'il accorde « l'usage d'une chose à charge de restitution »⁸⁷⁰, l'obligation de donner à usage pourrait également prétendre à s'appliquer.

164 - Synthèse. La détermination de l'existence de l'obligation de *praestare* ne doit pas être opérée au regard d'un critère temporel. Seule la prestation matérielle à laquelle s'oblige son débiteur doit être prise en compte : l'octroi de pouvoirs plus ou moins étendus sur une chose. Le mouvement de la chose apparaît comme le siège de la reconnaissance d'une obligation de *praestare*. Sa dualité terminologique originelle confirme cette analyse et lui révèle une double facette. Envisagée dans le sens de *praestare rem*, elle permet de systématiser et de saisir juridiquement la transmission de la chose à quelque titre que ce soit. Envisagée comme une garantie, elle permet la pérennisation de la situation créée par le contrat. Ces acceptions peuvent alors être regroupées sous les traits d'une unique obligation, consistant dans celle de mise à disposition, regroupant les caractères fondamentaux de la mutation d'une chose : la transmission en elle-même, et la garantie de cette transmission.

§ 2. La détermination du contenu de l'obligation de *praestare*

165 - Une dualité de contenu pour une notion unique. S'inspirant du contenu du *praestare* en droit romain, il est possible de déceler, en droit positif, une double facette à cette obligation. Historiquement présente dans les contrats emportant une transmission de la chose à titre définitif ou temporaire, l'obligation de *praestare*

⁸⁶⁹ V. *Supra* n° 49 et s.

⁸⁷⁰ Art. 1146.

semble être dotée de véritables potentialités. Sa dualité originelle rejaillit alors en droit positif, mais pourrait se fondre dans une seule notion. Si la doctrine romaniste n'a pu s'accorder quant au sens premier du terme, la raison est vraisemblablement qu'il n'y a pas une solution indiscutable en la matière. La synthèse des propositions est, en effet, possible : les analyses classiques voient dans le *praestare* soit l'obligation de transmettre matériellement la chose, soit la garantie de cette transmission. Or il peut être noté que les deux acceptions se rejoignent en un point : est toujours en cause le mouvement de la chose. L'obligation de *praestare* peut ainsi avoir vocation à saisir l'ensemble des obligations inhérentes au transfert des choses : le mouvement en lui-même et la pérennisation de ce mouvement par le biais d'une garantie. Elle serait donc présente aux différents stades de la transmission, saisissant tant l'aspect matériel de la transmission (A), que son aspect intellectuel (B).

A. Le contenu matériel de l'obligation de *praestare* : une obligation saisissant le mouvement de la chose en lui-même

166 - La présence du *praestare* dans le processus d'octroi de la chose.

L'opération tendant à l'octroi de la chose à son bénéficiaire se décompose nécessairement au moins en deux étapes, la mise à disposition à laquelle répond un enlèvement⁸⁷¹. Ces deux temps semblent être le siège de la face matérielle de l'obligation de *praestare* (2). Néanmoins, il n'est pas exclu qu'avant même le mouvement proprement dit le *tradens* soit tenu de réaliser une certaine activité afin de pouvoir accomplir le dessaisissement. Tendant vers la réalisation matérielle de l'octroi de la chose, ces opérations pourraient être également reconnues comme des obligations de *praestare* (1).

1. Les obligations de *praestare* préparant l'octroi de la chose

167 - L'individualisation entendue comme une obligation de *praestare*.

Obligations relatives au mouvement d'une chose, les obligations de *praestare* semblent pouvoir être systématisées dans la phase permettant l'octroi de la chose. Ainsi, lorsque la transmission porte sur une chose de genre et non sur un corps certain, le *tradens* doit individualiser la chose. Si le contrat est translatif de propriété,

⁸⁷¹ Pour une présentation synthétique, V. *Supra* n° 148.

c'est cette opération qui déclenche le transfert⁸⁷² ; mais au-delà de ses rapports avec la mutation du droit, l'individualisation est un préalable à la transmission de la chose. Avant que cette opération ne soit réalisée, la chose n'existe pas vraiment, elle n'est qu'« une abstraction, [qu']il est impossible de (...) transmettre »⁸⁷³. Aussi, si le transfert du droit est subordonné à l'individualisation, la transmission de la chose l'est tout autant⁸⁷⁴. La mise à disposition, c'est-à-dire la dessaisine par le *tradens*, ne peut être effectuée que si la chose est déterminée dans son genre et dans son espèce. Il ne saurait, en effet, être question de mettre à la disposition de l'*accipiens* une chose qui ne serait pas individualisée. Il semble même que l'individualisation est une des activités nécessaires tendant à la mise à disposition pleine et entière du bien. C'est, semble-t-il, en ce sens que doit être interprété un arrêt de la Chambre des requêtes affirmant que « dans les ventes sur commande de choses qui se comptent, se mesurent ou se pèsent, l'obligation de payer le prix, contractée par l'acheteur, n'est qu'éventuelle et ne prend naissance que quand les marchandises ont été mises à sa disposition »⁸⁷⁵. Si une jurisprudence ancienne a pu estimer que l'individualisation s'opérait par la délivrance et donc la mise à disposition⁸⁷⁶, des arrêts plus récents semblent être revenus sur ce principe. La Cour de cassation a pu estimer, par exemple, que le marquage de la marchandise ne signifiait pas nécessairement délivrance⁸⁷⁷. L'individualisation participe donc de la mise à disposition mais ne l'épuise pas.

La nature de l'obligation d'individualiser peut être sujette à débat. Certains auteurs l'analysent comme une obligation de faire⁸⁷⁸ : le débiteur de cette obligation étant tenu de réaliser matériellement une prestation, la qualification d'obligation de

⁸⁷² Cass. civ. 30 juin 1925, DP 1927, I, 29, « la propriété de la chose vendue n'est transmise à l'acquéreur que quand cette chose est déterminée dans son individualité ; (...) lorsque la vente a pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre dans un lieu désigné, qui en renferme une quantité qui n'a pas encore été mesurée, c'est seulement l'opération de mesurage qui individualise la chose et entraîne en conséquence la translation de la propriété » ; sur les rapports entre individualisation et tradition V. *Supra* n° 37 et s.

⁸⁷³ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°102, V. aussi n°152, « les choses de genre n'existent pas ; elles sont de purs concepts ».

⁸⁷⁴ Liant l'individualisation et la mise à disposition V. par ex. Cass. com, 17 avril 1961, Bull. civ. IV, n°163.

⁸⁷⁵ Cass. Req. 23 juin 1941, D. 1943, 23, note F. G. Le commentateur de l'arrêt estime, quant à lui, que l'expression "mise à disposition" se limite à l'individualisation.

⁸⁷⁶ Cass. civ. 9 juin 1845, S. 1845, 1, p. 658 ; DP 1845, 1, p. 285.

⁸⁷⁷ Cass. com. 19 mars 1963, Bull. civ. IV, n°167.

⁸⁷⁸ B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Obligations, 2. le contrat*, Litec, 5^e éd., 1995, n°1008 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats*, op. cit., n°277 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°200 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., fasc. 10, *Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire*, n°28 ; M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, préc., n°8.

donner est alors exclue, et il ne peut, logiquement qu'être tenu de *facere*. D'autres, de façon plus marginale, tendent à voir dans l'obligation d'individualiser la chose une obligation de donner⁸⁷⁹. Néanmoins, dans cette dernière acception, il n'est pas question d'entendre "donner" par "transférer la propriété" mais par "livrer"⁸⁸⁰. L'affirmation surprend toutefois : si les codificateurs avaient voulu faire rentrer l'individualisation dans la catégorie des obligations de donner, nul doute qu'ils l'auraient insérée aux articles 1136 et suivants relatifs à l'obligation de donner⁸⁸¹. Il semble plutôt que l'individualisation s'intègre parfaitement dans les catégories des obligations de *praestare*⁸⁸². Elle vise, en effet, à préparer le transport du bien, elle prend les traits d'une facette indispensable de la mise à disposition : elle est donc l'opération sans laquelle le mouvement ne pourrait s'opérer⁸⁸³. L'individualisation s'intègre donc à la mise à disposition et apparaît comme un des actes que doit réaliser le *tradens* afin de pouvoir exécuter son obligation⁸⁸⁴. Également au stade de la

⁸⁷⁹ N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner, op. cit.*, n°636 et s.

⁸⁸⁰ N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°388 et s. ; la proposition est intéressante mais semble quelque peu extensive. L'obligation de livrer n'est traditionnellement envisagée que dans le cadre de la vente, or l'auteur estime que l'ensemble des remises de choses, issues d'un contrat translatif de propriété ou non, sont des obligations de donner et, partant, des obligations de livrer, n°565 et s. ; pour une autre de conception de l'obligation de livrer, intimement liée à la vente V. *Supra* n° 101.

⁸⁸¹ L'auteur affirme également que l'article 1585 du Code civil prévoit que l'inexécution de l'individualisation peut être sanctionnée par l'exécution forcée, réservée, par les codificateurs, aux obligations de donner à l'exclusion des obligations de faire. L'argumentation peine cependant à convaincre, elle revient, en effet, à déduire de son régime la qualification de l'obligation, démarche qui n'est pas irréprochable méthodologiquement, V. N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°637 ; sur les rapports entre les obligations de faire et l'exécution forcée V. *Infra* n° 257 et s.

⁸⁸² En ce sens, V. G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil, préc.*, n°13 ; S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner, op. cit.*, n°303 et s., l'auteur estime que l'individualisation s'analyse en une obligation de *praestare*, car elle ne crée aucune valeur économique.

⁸⁸³ Rappr. DCFR IV, A-2 : 201, 1) : « *The seller fulfils the obligation to deliver by making the goods (...)* », ici la fabrication des biens, semble pouvoir être rapprochée de l'individualisation, qui est elle-même considérée comme une modalité de délivrance.

⁸⁸⁴ Le problème se pose alors de déterminer la nature de l'obligation du vendeur dans une vente de chose future. Il est classique d'affirmer que lorsque le contrat est qualifié de vente de chose future et non de contrat d'entreprise la vente est parfaite lors de l'achèvement de la chose et c'est à ce moment que sont transférés la propriété et les risques : l'achèvement opère alors l'individualisation (Cass. civ. 14 août 1950, Bull. civ. I, n°184, n°184 ; RTD civ. 1951, p. 388, obs. J. CARBONNIER ; CA Rennes 25 juin 1969, RTD civ. 1969, p. 801, obs. G. CORNU). La jurisprudence opère la distinction entre vente de chose future et contrat d'entreprise en se basant sur le critère de la production standardisée : le contrat est qualifié d'entreprise lorsque « *la prestation fournie est originale et requiert une capacité spéciale* » (F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n°715). Si la fabrication s'opère "sur mesure", il s'agit d'un contrat d'entreprise ; s'il porte sur une chose standardisée, il s'agit d'une vente. La fabrication "sur mesure" se rapproche alors du *facere* puisque l'entrepreneur crée véritablement le bien, il produit quelque chose et réalise une activité économique. Lorsque le contrat est qualifié de vente de chose future, le critère de la production standardisée le rapproche considérablement de la vente de chose de genre (en ce sens, S. VICENTE, *op. cit.*,

préparation de l'octroi de la chose, mais cette fois dans la sphère précontractuelle, il est possible, suivant une partie de la doctrine, de déceler une obligation de *praestare* dans les contrats préparatoires.

168 - Une obligation de *praestare* dans les contrats préparatoires ?

Partant du flou régnant, notamment, quant à la situation du promettant dans la promesse unilatérale de vente, certains auteurs proposent d'y voir une obligation de *praestare*⁸⁸⁵. La jurisprudence actuelle ne satisfait pas ; la Cour de cassation affirme, en effet, que l'obligation du promettant ne constitue « *qu'une obligation de faire* »⁸⁸⁶, insusceptible d'exécution forcée en raison de l'article 1142 du Code civil. La doctrine s'accorde pour critiquer cette solution qui dénaturerait l'engagement souscrit par le promettant et la sanction de sa méconnaissance⁸⁸⁷. Aussi, les auteurs s'évertuent-ils à requalifier cette obligation naissant de la promesse unilatérale. Certains y voient une obligation de donner⁸⁸⁸, mais cette conception peut surprendre, la promesse ne pouvant être, en elle-même, considérée comme un contrat translatif. D'autres

n°304 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. IX, 2e éd., par R. BEUDANT, P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE et J. BRETHER de la GRESSAYE, *op. cit.*, n°167) et permet alors d'analyser l'obligation du vendeur comme une obligation de *praestare* ; Contra P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n°290 et s. qui nie la qualification d'obligation à l'individualisation et à la fabrication.

⁸⁸⁵ G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, *préc.*, n°21 et s.

⁸⁸⁶ Cass. civ. 3^e 15 décembre 1993, Bull. civ. III, n°174 ; D. 1994, p. 230 obs O. TOURNAFOND et p. 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; Defrénois 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. MESTRE ; D. 1995, p. 87, obs. L. AYNÈS ; JCP éd. N. 1995, p. 31, note D. MAZEAUD ; *Adde* Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, Bull. civ. III, n°69, Defrénois 2009, p. 1270, obs. R. LIBCHABER, RDC 2009, p. 1089, obs. S. PIMONT ; RDC 2009, p. 995, obs. Y.-M. LAITHIER. Il peut néanmoins être noté que les récents projets de réforme du droit des contrats reviennent sur cette jurisprudence. Ainsi, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription à l'article 1106 al. 2 dispose que « *la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis* », cet article est, d'ailleurs, repris par l'article 34 alinéa 2 de *L'avant-projet de réforme du droit des contrats*. Enfin l'article 29 al. 1^{er} du *Projet Terré*, in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, affirme que « (...) *la révocation par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ».

⁸⁸⁷ L'article 1142 du Code civil ne trouvant, en principe à s'appliquer que lorsque l'exécution forcée de l'obligation de faire porterait atteinte à son intégrité physique ou à sa liberté. La spécificité quant au régime appliqué à la promesse unilatérale de vente surprend d'autant plus que la Cour de cassation admet l'exécution forcée des promesses unilatérales de contrats non translatifs, V. par ex. en matière de bail, Cass. civ. 3^e, 6 avril 2004, inédit, pourvoi n°00-19991 ; RDC 2004, p. 969, obs. F. COLLART-DUTILLEUL ; *Adde*, subordonnant l'efficacité de la promesse unilatérale de vente aux stipulations expresses des parties, Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-11721, JCP 2008, II, 10147, comm. G. PILLET ; Rapp. A. LEBOIS, *Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel*, JCP 2008, I, 210 ; RDC 2009, p. 143, comm. Ph. BRUN.

⁸⁸⁸ P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ. 1988, p.673, spéc. n°34.

estiment que le promettant est débiteur d'une obligation de ne pas faire⁸⁸⁹, puisqu'il s'interdit de vendre le bien à un tiers⁸⁹⁰. Partant des faiblesses de l'ensemble des solutions proposées, il serait envisageable de catégoriser l'obligation du promettant au sein des obligations de *praestare* ; ce dernier devant alors tenir le bien à la disposition du bénéficiaire. La proposition se comprend, « *le promettant a l'obligation de maintenir et de conserver le bien entre ses mains. L'objet de cette obligation consiste dans la mise à disposition possible du bien au profit du bénéficiaire de la promesse* »⁸⁹¹.

Le débat semble donc se cristalliser sur la nature de l'obligation du promettant : obligation de donner pour les uns, de faire ou de ne pas faire pour les autres, ou enfin, de *praestare*. Néanmoins, la question peut se poser de savoir si la promesse est véritablement génératrice d'obligations. Comme il a parfois été remarqué, l'objet de la promesse n'est pas « *de contraindre le promettant à accomplir une obligation de faire plus ou moins personnelle ; [mais] de faire exécuter un contrat parfait, à l'exécution duquel le mauvais vouloir du promettant ne peut le soustraire* »⁸⁹². Le droit d'option créé par la promesse « *vise à modifier une situation juridique préexistante par la prérogative reconnue à son titulaire de conclure le contrat définitif sans qu'il soit nécessaire d'exiger une prestation déterminée de la part du promettant* »⁸⁹³. Le promettant ne s'engagerait donc pas à conclure le contrat, puisqu'il y a déjà consenti. Il est alors possible de voir dans le fait pour le promettant de devoir maintenir son offre non une obligation mais une émanation de force obligatoire de la convention⁸⁹⁴. La promesse unilatérale ne ferait donc pas naître

⁸⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, n°229. L'auteur adopte néanmoins un propos plus nuancé au n°231 « *le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier* ».

⁸⁹⁰ La proposition ne séduit néanmoins pas tous les auteurs qui peuvent notamment considérer qu'une telle qualification « *ne rend pas suffisamment compte de l'originalité de l'obligation du promettant (...)* » et que « *s'il est concevable d'envisager une obligation de ne pas faire, en cas de vente du bien à un tiers, il n'est plus admissible de rester dans la logique de l'obligation de faire (celle-ci n'étant que le versant négatif de celle-là), quand le promettant se rétracte* », G. PIGNARRE, préc., n°22 ; Rapp. L. BOYER, *les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1 et s.

⁸⁹¹ G. PIGNARRE, préc., n°23.

⁸⁹² L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, T. II, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2e éd., 1890, n° 85.

⁸⁹³ I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n°20.

⁸⁹⁴ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc., spéc. n°21 et s. ; V. toutefois du même auteur, *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?* in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, n°4, « *j'admets volontiers cependant que sur cette question on puisse penser en termes d'obligation de contracter, d'obligation de passer le contrat définitif. Cette approche obligationnelle est évidemment plus souple, en ce qu'elle*

d'obligation, « *le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur, mais (...) il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat* »⁸⁹⁵. Dépourvue de contenu obligationnel, la promesse ne pourrait, dès lors, plus être considérée comme un contrat, mais uniquement comme une convention⁸⁹⁶. Le promettant doit la respecter, car elle a la force obligatoire, mais il n'est pas nécessaire de le considérer comme un débiteur. De son côté, le principe du contrat est acquis, la formation n'est que repoussée et conditionnée par l'acceptation du bénéficiaire, à la discrétion duquel elle est subordonnée⁸⁹⁷. L'attitude qu'il doit adopter est purement passive, il n'a rien à faire⁸⁹⁸, si ce n'est attendre l'éventuelle levée d'option⁸⁹⁹.

Cette considération permet donc d'éviter le débat sur la qualification de l'"obligation" du promettant : les avant-contrats ne faisant guère de place à la

laisse au juge la possibilité de refuser l'exécution en nature, dont l'efficacité peut être discutée ».

⁸⁹⁵ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc., n°22 ; Rappr. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000, p. 25 et s ; I. NAJJAR, *op. cit.*, n°22.

⁸⁹⁶ Cette analyse semble confirmée par les définitions posées par les propositions de réformes du droit des contrats. Les articles 1106 al. 1^{er} de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et 34 al. 1^{er} disposent en effet que « *la promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire* » (nous soulignons). En revanche, le projet Terré, *op. cit.*, affirme, en son article 28, que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure, dans un délai convenu et raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut* ». Cette dernière définition s'inscrit néanmoins dans un projet visant à ne pas distinguer entre contrat, et convention, et définissant le premier en termes très larges englobant la définition de la seconde : « *le contrat est un accord de volonté par lequel deux ou plusieurs personnes établissent modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit* » (art. 7) ; Rappr. DCFR, Introduction, n°51, qui considère la promesse unilatérale comme un acte juridique mais non comme un contrat : « *all legal systems have to deal with various types of juridical act other than contracts, but not all use such a term and not all have generalised rules. Examples of such juridical acts might be offers, acceptances, notices of termination, authorizations, guarantees, acts of assignment, unilateral promises and so on* » (nous soulignons).

⁸⁹⁷ Comp. R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, préc., qui refuse de voir dans la promesse unilatérale un avant-contrat, « *la promesse n'est pas un avant-contrat, mais le germe d'une vente qui prospère au gré de deux mouvements opposés, selon le type mis en œuvre. Le bénéficiaire d'une option d'achat qui l'accepte précipite le transfert de propriété et l'exigibilité du prix, sans autre support que la promesse faite, associée à une volonté positive incarnée dans la levée d'option* ».

⁸⁹⁸ Ph. JACQUES, *Les responsabilités liées à la conduite d'une négociation*, RLDC 2009, supplément au n°58, p. 36 et s., spéc. p. 37, « *celui qui reste passif n'exécute certainement pas une obligation de faire* » ; D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 3^e, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 270 ; Rappr. C. LARROUMET, obs. sous Cass. civ. 20 décembre 1994, JCP 1995, II, 22491, n°5, « *l'obligation du promettant n'est pas de faire. Elle consiste seulement, comme celle de tout débiteur en vertu d'un contrat, à ne pas révoquer unilatéralement l'engagement qu'il a pris* ».

⁸⁹⁹ La réflexion menée en matière de promesse unilatérale semble pouvoir être prolongée en matière de pacte de préférence, ce qui exclut l'analyse de la situation du promettant en une obligation de *praestare*. V. toutefois, G. PIGNARRE, préc., n°24.

reconnaissance d'une quelconque obligation, qu'elle soit de faire, de ne pas faire, de donner ou de *praestare*. Cette dernière obligation n'est toutefois pas totalement absente de la phase préparant la mise à disposition de la chose. L'individualisation peut, en effet, être analysée comme une obligation de *praestare*. Si cette obligation gravite autour de l'octroi de la chose, c'est également par elle que va s'effectuer la transmission.

2. Les obligations de *praestare* emportant l'octroi de la chose

169 - L'octroi de la chose en lui-même. Il a pu être constaté que l'opération de remise d'une chose se décompose nécessairement en deux mouvements, pouvant, bien sûr, être concomitants : la mise à disposition et l'enlèvement ou prise de livraison⁹⁰⁰. Il semble que c'est autour de cette opération que se manifestent avec le plus de force les obligations de *praestare*. Première phase du mouvement, la délivrance peut être qualifiée de la sorte⁹⁰¹ : puisqu'elle oblige le vendeur à mettre la chose à la disposition de l'acheteur, la qualification en obligation de mise à disposition paraît naturelle. La jurisprudence utilise, d'ailleurs, l'expression "mise à disposition" comme synonyme de délivrance⁹⁰². La division traditionnelle des obligations ne rend, en effet, pas bien compte de cette obligation. Suivant l'analyse "classique", la délivrance consistant dans la tradition réelle pourrait être rattachée aux obligations de faire. Dans cette conception, la remise épuisant la délivrance, ce seul fait matériel pourrait relever du *facere*. Il est toutefois proposé de présenter l'obligation principale du vendeur de façon différente. La doctrine classe plus traditionnellement l'obligation de délivrance dans la catégorie des obligations de ne pas faire⁹⁰³. Cette dernière affirmation se comprend parfaitement : la délivrance consiste en une mise à disposition de la chose consistant à ne pas s'opposer au retraitement. Le vendeur doit donc s'abstenir, rester passif quant à la chose : ne pas faire quoi que ce soit qui empêche la prise de possession par l'acheteur. Toutefois, une

⁹⁰⁰ V. *Supra* n° 4 et 148.

⁹⁰¹ Qualifiant expressément d'« obligation de mise à disposition » l'obligation de délivrance, V. Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2000, inédit, pourvoi n° 98-22326.

⁹⁰² V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1996, Bull. civ. I, n°147, « il incombait au vendeur de prouver qu'il avait mis la chose vendue à la disposition de l'acheteur dans le délai convenu » et retenant la même solution mais traitant de l'obligation de délivrance, V. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2007, inédit, pourvoi n°06-12818.

⁹⁰³ Consacrant expressément une telle qualification, V. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. III, *op. cit.*, n°933 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°182.

telle qualification ne séduit pas tout à fait. Certains auteurs affirment d'ailleurs que bien que la délivrance soit une obligation de ne pas faire, elle s'accompagne « *de certains actes positifs accessoires* »⁹⁰⁴. La situation se complique alors, si le débiteur de l'obligation de délivrance ne peut rester purement passif⁹⁰⁵, son obligation ne peut être qualifiée d'obligation de ne pas faire. Dès lors, il peut être proposé de catégoriser l'obligation de délivrance au sein des obligations *praestare*, elle en apparaît même comme « *l'archétype* »⁹⁰⁶. À l'image du vendeur en droit romain, le vendeur en droit positif est tenu de *praestare rem* : mettre le bien à la disposition de l'acheteur. Puisque la catégorie des obligations de *praestare* englobe les obligations relatives à la transmission d'une chose, la délivrance, envisagée comme une mise à disposition s'y intègre parfaitement. C'est elle, en effet, qui constitue la première étape du processus d'acquisition de la chose : la mise à disposition. À ce titre, l'activité répondant nécessairement à la mise à disposition, le retraitement pourrait également être catégorisé au sein des obligations de *praestare*.

170 - L'acquisition de la chose qualifiée d'obligation de *praestare*.

Lorsque l'enlèvement constitue une obligation, c'est-à-dire quand il prend les traits du retraitement ou de la prise de livraison⁹⁰⁷, il semble pouvoir être analysé comme une obligation de *praestare*⁹⁰⁸. Puisque cette obligation s'attache à finaliser le mouvement de la chose, elle permet d'achever l'opération de délivrance. La proposition est d'ailleurs le fruit d'un syllogisme. Les obligations de mise à disposition ont pour objet la transmission des choses. Les obligations de retraitement et de prise de livraison constituent une étape de la transmission de la chose. Les obligations de retraitement et de prise de livraison sont donc des obligations de mise à disposition. Ainsi, quand cette opération est une obligation, comme c'est le cas dans le cadre d'une vente, l'obligation de *praestare* de l'acquéreur répond à l'obligation de *praestare* du vendeur. Cette proposition appelle une précision. S'il est possible de considérer que le retraitement s'insère dans cette catégorie d'obligations, le terme mise à disposition ne serait plus adapté : l'acheteur en retirant ne met pas un bien à disposition mais profite de cette mise à disposition en acquérant le bien. Pour autant, le parallélisme entre l'obligation du *tradens* et celle de l'*accipiens* est frappant, la seconde complétant

⁹⁰⁴ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. et loc. cit.*

⁹⁰⁵ Sur l'aspect actif de la délivrance envisagée comme une mise à disposition, V. *Supra* n° 116.

⁹⁰⁶ Selon l'expression de G. PIGNARRE, *préc.*, n°12 ; Rapp. S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, *op. cit.*, n°438 et s.

⁹⁰⁷ V. *Supra* n° 125 et s.

⁹⁰⁸ En ce sens V. S. VICENTE, *op. cit.*, n° 306 et s., l'auteur estime que cette obligation de *praestare* finalise le transfert de propriété ; G. PIGNARRE, *préc.* n°8.

parfaitement la première. La grande proximité entre ces obligations militerait donc pour un rattachement du retraitement à la catégorie des obligations *praestare*. Envisagée comme une obligation de l'*accipiens* le *praestare* consiste en l'acquisition matérielle du bien. Envisagée comme une obligation du *tradens*, elle consiste en la mise à disposition du bien : celle-ci comporte alors la dessaisine c'est-à-dire l'aspect matériel, mais également un élément intellectuel, la garantie d'éviction apparaissant comme un corollaire de l'obligation de *praestare*.

B. Le contenu intellectuel de l'obligation de mise à disposition : l'intégration de la garantie d'éviction comme élément du *praestare*

171 - L'évolution du concept de garantie d'éviction. En droit romain, l'obligation de *praestare* recouvre non seulement l'aspect matériel de la transmission mais également la garantie que doit le *tradens*. Il est, dès lors, possible de considérer que cette dualité rejaillit en droit positif. La garantie des vices cachés ne peut y être intégrée en ce qu'elle assure une protection de la chose elle-même⁹⁰⁹. La garantie

⁹⁰⁹ Selon l'article 1641, du Code civil le vendeur doit délivrer à l'acheteur un bien « *apte à l'usage auquel il se destine* » (F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°263, p. 221). Les conditions de mise en œuvre de la garantie sont précisément fixées par ce même article, la chose doit être atteinte d'un vice qui lui est inhérent, la rendant impropre à son usage, existant au moment de la vente et qui était inconnu de l'acheteur. Si l'étude menée ici n'a pas pour objet d'approfondir l'analyse des conditions de mise en œuvre de la garantie, ni même ses effets, certaines précisions sur la notion de vice peuvent être utiles. Le vice de la chose « *est caractérisé par ses conséquences, l'inaptitude à l'usage que l'on en attend* » (J. HUET, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Litec, coll. Connaissance et pratique du droit, 1987, n°159, p. 162). Tant que ses conséquences ne se sont pas révélées, le vice ne peut être décelé. Le Code civil définit le vice non par ses caractéristiques objectives, mais par les effets qu'il produit. La chose est viciée lorsqu'elle est « *impropre à l'usage auquel on la destine* », ou lorsque son usage est tellement diminué que l'acheteur ne l'aurait pas acquise (Art. 1641 C. civ.). L'existence du vice s'apprécie, « *en contemplation de l'usage de la chose* » (P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, Litec, 5e éd., 2007, n°213, p. 168. Par exception, la qualification de vice caché a pu être retenue par la Cour de cassation alors même que le défaut de la chose ne la rendait pas inapte à son usage. Tel est notamment le cas en matière de permis de construire, par exemple lorsque l'immeuble construit l'a été sans permis alors même que l'acheteur n'était pas au courant, Cass. civ. 1^{ère} 16 juin 1966, Bull. civ. 1, n°374). La définition du vice par ses effets ne satisfait donc pas pleinement. Une chose dont le fonctionnement est défectueux n'est pas nécessairement viciée : tout défaut n'est pas nécessairement un vice rédhibitoire. Ainsi, par exemple, l'usure normale de la chose ou son utilisation prolongée peuvent être la cause du dysfonctionnement (Cass. 1^{ère} civ. 4 décembre 1973, Bull. civ. I, n°337, à propos d'une bouteille de gaz qui avait explosé dix-huit ans après la vente). La garantie édilicienne semble devoir être appréhendée en contemplation de la chose qu'elle vise à protéger et non en fonction de la personne titulaire de l'action. La conception se comprend en considérant l'origine de cette garantie. Dans son acception originelle, la garantie des vices cachés était conçue comme « *un mécanisme d'allocation des risques de la chose dans la vente* » (P. COEFFARD, *Garantie des*

d'éviction, quant à elle, peut être analysée comme la garantie de la bonne exécution de l'obligation de *praestare*. Elle est présentée comme l'obligation de défendre l'*accipiens* « de toutes demandes, soit en revendication, soit en action hypothécaire ou autres qui pourraient être données contre lui par quelque personne que ce fût, pour lui faire délaisser la chose (...), et de le garantir de toutes condamnations qui pourraient intervenir contre lui sur lesdites demandes »⁹¹⁰. L'objet de cette garantie semble avoir subi une certaine évolution. Présentée traditionnellement comme une garantie de la possession, de la jouissance, et donc du pouvoir de fait exercé sur la chose, elle semble plus s'attacher à la protection du rapport de droit créé par le contrat. Le vendeur n'est, en effet, plus obligé de transférer la possession paisible du bien mais de mettre le bien à la disposition de l'acheteur ; comment dès lors, lui imposer d'assurer une telle possession qui n'entre plus dans le cadre de ses obligations ? Si l'obligation de garantie contre l'éviction regroupe différentes situations, la notion recouvre une même réalité : la possession n'est pas véritablement l'objet de la garantie (1), en effet, est toujours en cause la protection d'un droit. Dès lors, si elle

vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun, préface Ph. RÉMY, LGDJ, Collection de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2005). Elle ne serait donc qu'une application spéciale de la théorie des risques qui « procède de l'économie du contrat de vente » (P. COEFFARD, *op. cit.*, n°8) en mettant à la charge du débiteur de l'obligation de délivrance les risques de la chose quand celle-ci s'avère inutile à l'acheteur en raison d'un vice caché. L'idée sous-jacente à la garantie des vices cachés est de permettre à celui qui acquiert la chose d'en retirer toutes les utilités. Le vice étant ce qui nuit à l'usage de la chose, il semble cohérent de lier l'action permettant de prémunir l'acquéreur contre ce qui rend la chose inutilisable, et la chose elle-même. La garantie contre les vices se trouverait, dès lors, comme incorporée dans la *res*. Le critère de qualification du vice est ainsi inhérent à la chose elle-même, et non à la chose telle que décrite par le contrat. Une chose viciée, c'est-à-dire une chose dont il n'est guère possible de retirer les utilités, n'est plus adéquate aux fonctions pour lesquelles elle existe et qui ont, en principe, motivé son acquisition. La force du lien entre la chose et ses utilités est ici prégnante : dépourvue de ses utilités, la chose n'est plus exactement elle-même. Cette conception de la garantie des vices cachés comme garantie attachée à la chose se confirme par le fait qu'elle se retrouve dans de nombreux contrats et non uniquement dans la vente. Les dispositions du Code civil prévoient, en effet, une telle obligation de garantie pour le contrat d'entreprise (Art. Art. 1792 et 1792-4-1 (ancien 2270) C. civ.), le bail (Art. 1721 C. civ.), le prêt à usage (Art. 1891 C. civ. Dans cette hypothèse le prêteur n'est cependant tenu que des défauts de la chose que s'il en avait connaissance et n'en a pas informé le prêteur. V. toutefois pour une assimilation de la garantie due par le prêteur agissant dans le cadre de son activité professionnelle de vendeur, à la garantie de l'article 1641, Cass. com., 24 novembre 1980, Bull. civ. IV, n° 392 ; RTD civ. 1981, p. 651, obs. G. CORNU ; TGI Paris, 26 mai 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, p. 615 ; RTD civ. 1983, p. 121, obs. Ph. RÉMY. Pour une assimilation de la garantie du prêteur professionnel à celle du vendeur professionnel, CA Douai, 10 décembre 1963, Gaz. Pal. 1964, 1, p. 231), ou le prêt de consommation (Art. 1898 C. civ.). Il est donc notable que les contrats emportant un transfert de l'usage de la chose soient assortis d'une obligation de garantie contre les vices cachés (il est intéressant de remarquer que bien que le dépôt n'emporte pas l'usage de la chose, l'article 1947 C. civ. prévoit une garantie contre les vices à la charge du déposant (V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, Larose, 1898, n°1167). Cela peut s'expliquer par le fait que parfois, lorsqu'il est irrégulier le dépôt emporte l'usage de la chose. De même, si en principe le dépositaire ne peut utiliser le bien, il doit le préserver et par conséquent en maintenir l'usage).

⁹¹⁰ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, *op. cit.*, n°82, p. 38.

ne se rapporte qu'à la préservation de la situation créée par le contrat, elle perd sa qualité de garantie autonome et spéciale pour se rattacher à une sanction de l'inexécution d'une obligation plus générale (2).

1. L'apparente autonomie de la garantie d'éviction

172 - Une pluralité de situations. Traditionnellement étudiée dans le cadre du contrat de vente⁹¹¹, la garantie d'éviction voit cependant son domaine étendu à d'autres contrats. La doctrine lui confie une double fonction⁹¹² : défendre l'acheteur contre les troubles affectant sa jouissance du bien et éventuellement l'indemniser. Une troisième facette est parfois envisagée par la doctrine de façon autonome mais semble cependant être comprise dans la première fonction de la garantie : l'obligation négative de ne pas troubler l'acheteur⁹¹³. L'atteinte peut être totale ou partielle, de droit ou de fait, et peut être le fait personnel du *tradens* ou provenir de tiers.

La garantie du fait personnel est la consécration de l'adage selon lequel « *qui doit garantir ne peut évincer* »⁹¹⁴ ; en effet, « *au-delà de la garantie d'éviction, le vendeur est responsable de son fait personnel même lorsqu'il ne constitue pas un trouble de droit* »⁹¹⁵. La portée de la règle est telle qu'elle est considérée d'ordre public, les parties ne pouvant y déroger ou la limiter par l'insertion de clauses. Le *tradens* est donc tenu de garantir tous troubles de droit ou de fait pouvant lui être imputés. Le trouble de fait suppose que le garant trouble la possession ou la jouissance de l'*accipiens* par un acte matériel, sans caractère juridique. Le trouble de droit, quant à lui, se produit quand le remettant « *élève une prétention juridique*

⁹¹¹ Certains auteurs estiment que la vente est la source de la théorie de l'ensemble des garanties, V. not. C. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de M. BRÊTHE de la GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, T. XI, La vente, le louage de choses, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1938, n°187.

⁹¹² L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 2^e éd., 1890, « Le vendeur doit d'abord défendre son acheteur, lutter contre les prétentions du tiers revendiquant, et essayer de les faire repousser ; c'est l'objet direct et principal de la garantie. Puis, si le vendeur ne réussit pas et que les droits des tiers soient judiciairement reconnus, le vendeur doit indemniser l'acheteur du préjudice que l'éviction lui cause : c'est le second objet de l'action en garantie, la restitution du prix payé par l'acheteur et, suivant les cas, des dommages-intérêts », n°299 ; Adde, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XIV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878, n°216 ; C. AUBRY et C. RAU, par P.-E. ESMEIN, *Droit civil français*, T. V, Paris, Librairies techniques, 6^e éd., 1952, §355, p. 62 et s.

⁹¹³ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 362.

⁹¹⁴ Tiré de D., 21, 2, 17 et D. 21, 3, 1, « *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* ».

⁹¹⁵ C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. XI, op. cit., n°189.

inconciliable avec le droit (de l'accipiens) et veut le faire valoir par une action en justice »⁹¹⁶. En matière de vente, le vendeur ne peut donc contrarier la possession de son cocontractant en invoquant une quelconque prérogative sur la chose⁹¹⁷, ou en accomplissant certains actes privant l'acquéreur de tout ou partie des avantages que peut lui procurer la chose reçue⁹¹⁸. De même, dans le cadre d'un bail, le bailleur doit s'abstenir de tout fait personnel qui porterait atteinte à la jouissance de la chose par le locataire⁹¹⁹.

La garantie du fait des tiers a un régime juridique plus souple, n'étant pas d'ordre public, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont parfaitement valables. Sa portée est également moins étendue que celle de la garantie du fait personnel. Elle ne recouvre que les troubles de droit et non les troubles de fait ; en effet, seules les contestations portant sur le droit acquis par l'*accipiens* sont garanties par le *tradens*. La nature de cette garantie varie en fonction de celle du trouble. Son intensité varie selon le contrat en cause. Ainsi, dans certains cas particuliers, le débiteur de l'obligation n'est pas tenu de répondre de tous les troubles apportés à la jouissance du bénéficiaire. Tel est notamment le cas dans le prêt à usage, contrairement à la vente ou au bail, où le prêteur n'est pas tenu de garantir l'emprunteur contre un trouble de droit provenant des tiers. L'atténuation de l'intensité de la garantie est ici directement liée à la nature du contrat, le prêt à usage étant « *entièrement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur* »⁹²⁰, les obligations du *tradens* sont alors diminuées.

173 - Une unité de notion. Malgré la diversité apparente des réalités que recouvre la garantie d'éviction et la diversité des hypothèses dans lesquelles elle peut être invoquée, il est possible de distinguer une conception unitaire de la notion. Un auteur, étudiant les différentes solutions rendues en la matière, a démontré que les

⁹¹⁶ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 358.

⁹¹⁷ Par exemple le vendeur ne peut invoquer contre l'acquéreur une prescription acquisitive, Cass. Civ. 3^e, 13 mai 1912, DP. 1913, 1, 143 ; Cass. civ. 3^e 20 novembre 1981, D. 1982, IR. 531, obs. B. AUDIT. Il est toutefois possible de noter que le vendeur peut continuer d'exercer certaines prérogatives sur la chose, notamment dans l'hypothèse d'une vente d'une propriété voisine. Il est évident que l'acheteur ne pourrait invoquer la garantie d'éviction à l'encontre du vendeur, devenu son voisin, qui exercerait ses droits sur un mur mitoyen.

⁹¹⁸ Par ex. Cass. Com. 14 avril 1992, Bull. civ. IV, n°160, « *Le vendeur d'un fonds de commerce a l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé* ».

⁹¹⁹ Il ne peut par exemple l'empêcher d'exercer l'activité commerciale prévue, Cass. Civ. 3^e, 21 décembre 1987, Bull. civ. III, n°13.

⁹²⁰ R.-J. POTHIER, *Traité du prêt à usage*, op. cit., n°79, p. 32 et 33 ; rattachant également l'atténuation de l'obligation de garantie à la gratuité du contrat, V. J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°22150, p. 850.

solutions prononcées, quel que soit le contrat en cause, sont identiques⁹²¹. La théorie présentée note que la distinction entre éviction partielle et éviction totale est « inutile »⁹²², et que celle opérée entre fait personnel et fait des tiers est « maintenant dépassée ; elle ne suffit plus pour rendre compte de la responsabilité du garant lorsque l'éviction est due à un tiers ou au garant lui-même »⁹²³. Par ailleurs, la distinction entre trouble de droit et trouble de fait ne paraît pas non plus avoir une grande portée et ses contours ne sont pas toujours très clairs. Ainsi par exemple, la jouissance étant une situation de fait, le trouble apporté à la jouissance paisible du preneur à bail semble pouvoir être qualifié de trouble de fait⁹²⁴. Or les auteurs assimilent cette situation à un trouble de droit car « étant tenu de procurer au preneur une jouissance paisible, il commet nécessairement un trouble de droit lorsqu'il porte par un acte personnel atteinte à cette jouissance »⁹²⁵.

Là où il est tentant de voir des garanties d'éviction, il n'y a en réalité qu'une notion, dont le régime est unitaire. « Des petites différences se manifestent ça et là. Elles ne doivent pas être l'arbre qui cache la forêt. Le droit de la garantie est un droit souple ; il se moule à chaque situation particulière. Mais ce qu'il abandonne au particularisme de chaque contrat n'est pourtant que peu de chose à côté de l'ensemble des solutions qui restent les mêmes dans tous les cas de garantie »⁹²⁶. L'unité réside non seulement dans le régime et la nature des sanctions mais également dans la "philosophie générale" de la garantie d'éviction qui, malgré les apparences, se détache de la protection de la chose transmise pour préserver la situation issue de l'exécution de l'obligation du *tradens*.

⁹²¹ B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préface D. TALON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 42, 1964, n°14 et s. L'auteur utilise comme base de raisonnement les contrats de vente, de société, de bail et le partage.

⁹²² B. GROSS, *op. cit.*, n°11, p. 18. La seule véritable différence entre ces deux types d'éviction est basée sur une erreur, les codificateurs ayant « repris à propos de l'éviction partielle la solution romaine qui s'appliquait également à l'éviction totale. Mais, peu soucieux d'harmoniser les textes, ils ne se sont pas rendus compte de ce que la règle recopiée différait de celle qu'ils avaient admise pour l'éviction totale. Ce faisant, les auteurs ne projetaient pas d'introduire une distinction entre deux cas de garantie que la tradition considérait comme analogue », n°10, p. 17-18.

⁹²³ B. GROSS, *op. cit.*, n°8, et n°256 ; Adde F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XXIV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, « Le bon sens est d'accord avec le droit (...) obligé de protéger l'acheteur contre tout trouble, il ne peut lui-même le troubler ; obligé de l'indemniser en cas d'éviction, il ne peut lui-même, l'évincer », n°210.

⁹²⁴ Telle semble être implicitement la position de la jurisprudence, V. par ex. CA Colmar, 25 novembre 2004, n°jurisdata 2004-276480.

⁹²⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVIII, *Du contrat de louage*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1898, n°359 ; Adde S. 1895, 4, 17, note A. WAHL.

⁹²⁶ B. GROSS, *op. cit.*, n°18, p. 22.

2. Le rattachement de la garantie d'éviction à l'obligation de praestare

174 - Les errances inhérentes à la notion. D'après l'article 1625 du Code civil, le premier objet de la garantie que doit le vendeur à l'acquéreur est « *la possession paisible de la chose vendue* ». La garantie d'éviction est ainsi présentée comme la conséquence de l'obligation qu'a le vendeur de procurer la possession paisible du bien vendu. L'idée est directement inspirée du droit romain où le vendeur n'avait pas véritablement pour obligation de transférer la propriété mais plutôt de conférer la possession du bien⁹²⁷. La conception des obligations du vendeur a aujourd'hui changé, la possession paisible n'est plus l'effet principal du contrat, « *le transfert de propriété a remplacé la possession paisible* »⁹²⁸. Malgré ce changement de perspective, l'obligation de garantie a subsisté en des termes presque identiques. Une contradiction se dévoile alors : comment obliger le vendeur à garantir une possession paisible alors même que le contrat ne l'oblige qu'à transférer la propriété et non une "simple" possession ? Une justification du maintien de la garantie d'éviction peut cependant être invoquée. Il est envisageable de considérer que si le vendeur nuisait aux droits de jouissance et d'usage, il contreviendrait à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat qu'impose l'article 1134 al. 3⁹²⁹.

La garantie d'éviction se maintient en droit positif mais ne semble plus aussi nettement attachée à la possession qu'en droit romain. Les codificateurs « *ont considéré la garantie (d'éviction) comme un objet accessoire du contrat, selon eux une obligation toujours réduite à une "délivrance continuée", alors que la vente se voyait investie d'un nouvel objet, le transfert de propriété* »⁹³⁰. Détachée de la possession, la garantie apparaît dès lors comme un dérivé de l'obligation que contracte le *tradens* de procurer le bien à l'*accipiens*. La formulation de l'article 1625 du Code civil, ne serait plus aujourd'hui appropriée. Il conviendrait de présenter la garantie d'éviction non plus comme un moyen d'assurer la possession paisible, mais comme un moyen d'assurer la bonne exécution de la mise à disposition⁹³¹.

⁹²⁷ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, « à Rome, la vente qui tend à amener le transfert de propriété, qui normalement l'amènera, n'oblige pas directement le vendeur à faire ce transfert, ne permet pas à l'acheteur de se plaindre par cela seul qu'il ne le reçoit pas. Tout ce que le vendeur doit à l'acheteur, c'est la *possessio*, la *vacua possessio* », p. 583-584 ; sur ce point V. *Supra*, n° 15.

⁹²⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *op. cit.*, n°88, p. 82.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, préface de J. GHESTIN, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 233, 1993, n°4, p. 9.

⁹³¹ En ce sens, V. liant l'application de la garantie d'éviction au défaut de délivrance en matière de vente, CA Paris, 6 avril 1990, n° jurisdata 1990-021281.

175 - La remise en cause de l'utilité de la garantie d'éviction envisagée comme une garantie spéciale : l'intégration à l'obligation de *praestare*.

Envisagée non comme une garantie autonome mais plus comme une facette de l'obligation de *praestare*, cette garantie perd son utilité. Elle peut dès lors être assimilée à une situation issue du droit commun. La garantie d'éviction semble pouvoir être considérée comme une garantie de la bonne exécution de l'obligation du *tradens*. Si certains, à demi-mots, la rattachent à l'obligation de *dare*, en ce qu'elle « permet une réaffirmation de la propriété »⁹³² lorsqu'elle est invoquée suite à une vente, son champ d'application semble plus large. Les cas visés par cette protection ne se réduisent pas au seul droit de propriété ni même aux seuls droits réels ; un raisonnement similaire peut être mené lorsqu'elle garantit un droit personnel, comme celui du locataire dans un bail⁹³³. Dans ces hypothèses, le droit ne s'exerce pas sur la chose mais contre un débiteur. La garantie d'éviction a alors pour objet d'assurer la bonne exécution de l'obligation du bailleur qui doit garantir au preneur la jouissance paisible de la chose louée⁹³⁴. La philosophie de la garantie d'éviction est ici la même que dans la vente, elle garantit le droit qu'a le preneur de se servir de la chose. Le fait que ce droit ne s'exerce pas directement sur la chose mais contre le bailleur ne change rien : le vendeur et le bailleur sont tous deux obligés de mettre la chose à la disposition du bénéficiaire, acheteur ou locataire, à ce titre ils ne peuvent évincer⁹³⁵. Si le droit en cause est différent, la situation factuelle est la même. Dès lors, c'est toujours la situation créée par l'exécution de l'obligation de *praestare* qui est protégée par la garantie d'éviction. Elle fait corps avec l'effet essentiel de l'opération translatrice ou créatrice de droit et en constitue la sanction, « son contenu se moule exactement (sur celui de cet effet) – procurer le droit [ou la chose] dont l'aliénation forme l'objet

⁹³² J. HUET, *Des distinctions entre les obligations*, RDC 2006, p.89 ; Rapp. R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, LGDJ, 3^e éd., 1925, réed., La mémoire du droit, 2001, p. 222. L'auteur cite ici A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. 1 – 2, p. 335, la garantie d'éviction dérive « non du fait qu'on a promis une chose, mais du fait qu'on la donne, en prenant le mot au sens juridique du *dare* des Romains ».

⁹³³ La nature du droit du preneur à bail est toutefois controversée. Ainsi TROPLONG estime que le preneur est titulaire d'un droit réel, sans toutefois que le bail ne puisse être considéré comme un démembrement de la propriété, le bailleur transmettant seulement l'*usus* au locataire, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage*, T.I, *op. cit.*, n°4 et s., Adde J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, Dalloz, 1951.

⁹³⁴ Art. 1719 C. civ, qui consacre une obligation de *praestare* à la charge du bailleur, V. *Infra* n° 180 et s.

⁹³⁵ Rapp. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n°6507, qui présente la garantie d'éviction comme « une conséquence de l'obligation de délivrance ».

de l'opération »⁹³⁶. La garantie d'éviction moderne semble ainsi attachée à l'obligation de mise à disposition du bien⁹³⁷.

Ces considérations amènent à remettre en cause l'utilité même de dispositions spéciales concernant la garantie d'éviction. Envisagée comme une facette de l'obligation du *tradens* : mettre la chose à disposition à titre définitif ou en procurer la jouissance à titre temporaire, elle ne correspond qu'à une situation de droit commun. Ainsi par exemple, si « *l'acheteur se trouve être évincé de la chose qui lui a été délivrée par le vendeur, la sanction de cet incident doit être celle qu'entraîne en principe la violation de toute promesse, c'est-à-dire la résolution du contrat, emportant restitution du prix et indemnisation en argent du préjudice supplémentaire. Même solution mutatis mutandis pour l'hypothèse d'une éviction partielle* »⁹³⁸. La garantie d'éviction ne semble donc pas présenter de spécificité propre. Lorsqu'elle peut être invoquée, la situation qu'elle tend à faire cesser n'est en réalité qu'une inexécution de l'obligation principale du *tradens* : mettre un bien libre de toute entrave juridique ou matérielle à la disposition de son cocontractant. Tel est par exemple le cas, dans le cadre d'un contrat de bail de la création par le bailleur d'une servitude au profit d'un tiers sur un fonds loué⁹³⁹, ou de la modification de la forme de la chose louée⁹⁴⁰, qui s'analysent aussi bien comme des inexécutions de l'obligation de fournir une jouissance paisible qu'en un trouble de jouissance susceptible d'entraîner l'application de la garantie d'éviction. Le contrat modifie les droits des parties, il emporte le transfert d'un droit réel ou la création d'un droit de créance que le bénéficiaire exerce contre son débiteur. Si l'exercice de ce droit est troublé, il est

⁹³⁶ Y. LARIVIÈRE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit, De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, Thèse, Paris, 1944, p. 336.

⁹³⁷ Cette proposition reliant la garantie d'éviction à l'obligation de *praestare* se retrouve dans un texte de CICÉRON, « *quod si in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit ; profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem declaravit, auctor beneficii populi romani, defensorque periculi esse debebit* », in, *Oratio pro Murena*, II, 3, cité par T. PERALTA-ESCUER, *Evicción de servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Tessitex, Servei de publicacions Universitat de Lleida, (disponible en intégralité sur l'internet à l'adresse suivante : <http://www.cervantesvirtual.com>), p. 14 ; Adde pour une traduction V. G. de CAQUERAY, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, Durand, 1857, p. 329, quand « *l'acheteur d'une res mancipi avait été évincé ; le vendeur (...) qui s'était obligé à la garantie, et notamment à payer le double du prix en cas d'éviction devait prendre fait et cause de l'acheteur (periculum iudicii praestare debet). En effet, celui-ci était obligé de dénoncer les poursuites au vendeur, et ce dernier devait faire tous ses efforts pour mettre l'acheteur à l'abri de l'éviction, et lui éviter les dangers de l'action (...)* ». (La référence au Consulat romain dans la citation latine s'explique car CICÉRON compare la situation du vendeur à la sienne qui s'apprête à transférer le pouvoir à Murena).

⁹³⁸ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, Dalloz, 4e éd., 1924, p. 458.

⁹³⁹ Cass. civ. 3^e, 23 octobre 1991, Bull. civ. III, n°248.

⁹⁴⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 14 octobre 1964, Bull. civ. I, n°445 ; Cass. Civ. 3^e, 3 avril 1996, Bull. civ. III, n°91.

possible de faire peser sur le *tradens* la charge du trouble en raison d'une inexécution de son obligation. Ainsi par exemple, si le locataire est troublé dans sa jouissance du bien, le trouble peut être imputé au bailleur qui n'a pas correctement exécuté son obligation de laisser la jouissance paisible au preneur⁹⁴¹.

176 - Synthèse. Le contenu de l'obligation de mise à disposition est donc double. D'un point de vue matériel, cette obligation porte toujours sur les transmissions de choses, qu'il s'agisse de la transmission en elle-même – comme c'est le cas de la délivrance – ou de ce qui prépare ou permet cette transmission, comme dans le cas de l'individualisation. D'un point de vue plus intellectuel, la garantie d'éviction est absorbée par l'obligation de *praestare*. Au mieux, la garantie d'éviction apparaît, en effet, comme la garantie d'une bonne exécution de son obligation par le *tradens*. Mais n'est-ce pas le propre de toute obligation que d'être exécutée correctement ? Le *tradens* doit mettre le bien à la disposition de l'*accipiens*, si celui-ci est troublé, par les prétentions de son auteur ou d'un tiers, l'inexécution de l'obligation de mise à disposition peut être invoquée, sans avoir recours au mécanisme de la garantie.

177 - Conclusion de section : une obligation aux contours à dessiner. Issue du droit romain, l'obligation de *praestare* se dote d'un contenu propre malgré les divergences doctrinales. Les débats portent en premier lieu sur son sens originel : certains auteurs n'y voient que la marque d'une obligation de garantie, d'autres l'analysent comme l'obligation de transmettre un bien. Néanmoins, en considérant que la catégorie des obligations de *praestare* regroupe les opérations permettant et réalisant le mouvement de la chose, cette controverse peut être dépassée. Une telle acception permet de regrouper la double signification du *praestare* romain : qu'il s'agisse de la transmission matérielle du bien ou de la garantie de cette transmission, la finalité est toujours la même : tendre vers la perfection de la mise à disposition. Redécouverte ensuite en droit positif, elle est souvent envisagée comme une obligation de fournir un bien, à charge pour le bénéficiaire du contrat de le restituer. Toutefois, l'étude des évolutions du concept démontre que cette obligation, envisagée suivant son modèle romain, ne doit pas être consacrée qu'à l'occasion de contrats emportant un octroi temporaire de la chose. Le vendeur romain qui, comme le vendeur en droit positif, transmettait le bien à titre définitif, était tenu de *praestare rem*. Dès lors, l'obligation de délivrance pouvant s'analyser comme une obligation de *praestare*, en ce qu'elle constitue une mise à disposition du bien, il est indéniable que le champ d'application de cette catégorie d'obligations ne se limite pas aux seules

⁹⁴¹ Sur ce point, V. *Infra*, n° 183 et s.

remises à titre temporaire, mais comprend également celles intervenant à la suite d'un transfert de propriété. L'obligation de *praestare* a ainsi vocation à saisir l'ensemble des obligations relatives au transport de la chose, tant en ce qui concerne les obligations du *tradens* que celles de l'*accipiens*. Envisagée de la sorte, cette obligation a alors vocation à régir un grand nombre situations en droit positif.

Section II La prégnance des obligations de mise à disposition en droit positif

178 - La mise en évidence de différents types d'obligations de mise à disposition. Les obligations de mise à disposition ne peuvent, semble-t-il, être distinguées en fonction de la nature des pouvoirs sur la chose conférés à l'*accipiens*. Qu'elle intervienne en exécution d'un contrat créateur ou translatif de droit réel ou simplement générateur de droit personnel, la mise à disposition est toujours matériellement la même opération : elle consiste pour le *tradens* à se dessaisir du bien afin de permettre à son cocontractant de l'enlever. Aussi n'apparaît-il pas pertinent d'opérer une scission entre les obligations de mise à disposition emportant l'usage de la chose et celles se limitant à confier la seule garde de la chose, sans faculté d'usage. Si la finalité de la mise à disposition est différente, l'obligation à la charge de son débiteur est la même. Dès lors, un critère détaché de l'usage de la chose doit être découvert afin de pouvoir rendre compte de la diversité des obligations de *praestare*. Il est alors permis de constater que c'est en fonction des suites de la mise à disposition que les obligations du *tradens* divergent. Parfois il n'est débiteur que de la seule délivrance et parfois celle-ci est prolongée par une série d'obligations tendant à la pérennisation de la situation créée. Se découvre alors une distinction entre les mises à disposition limitées au seul dessaisissement matériel et les mises à disposition obligeant leur débiteur tout au long de l'exécution du contrat. Si à l'occasion de ces dernières, les obligations successives du *tradens* sont différentes selon le contrat, la finalité est toujours la même : assurer une certaine qualité à la jouissance octroyée par le contrat à l'*accipiens*. Entendu comme l'obligation relative au mouvement de la chose, le *praestare* semble ainsi pouvoir être systématisé dans l'ensemble des contrats emportant une obligation de remettre la chose. Seule l'étendue de ce à quoi est contraint le débiteur change : parfois il est tenu pendant toute l'exécution du contrat (§1) et parfois il est dégagé de toute obligation une fois la mise à disposition matérielle effectuée (§2).

§ 1. Les obligations de mise à disposition obligeant tout au long du contrat

179 - Une obligation de mise à disposition dépassant la seule délivrance. Dans certains contrats, la délivrance du bien n'est pas une fin en soi. Le créancier s'engage moins pour obtenir matériellement le bien que pour pouvoir en jouir. Dès lors, la mise à disposition du bien ne peut se limiter à une simple remise, mais doit, au contraire, être assurée par le *tradens* tout au long de l'exécution du contrat. C'est d'ailleurs avec la mise à disposition matérielle que "tout commence" pour le *tradens*, puisque dès cet instant, il devient débiteur d'une obligation continue. Dès ce moment, il doit, en effet, permettre à l'*accipiens* de jouir paisiblement de la chose. Les contrats emportant de telles obligations sont nombreux, mais c'est en contemplation du contrat de bail, et plus spécifiquement de l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur que l'obligation de *praestare* continue se révèle avec le plus de force. Celle-ci prend, dès lors, les traits de l'archétype de cette catégorie d'obligations (A). Le modèle ainsi dégagé n'est toutefois pas rigide, il peut être modulé afin de s'appliquer dans différents contrats, les plus représentatifs semblant être les contrats de prêt et de distribution (B).

A. Le parangon de l'obligation de mise à disposition : l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement

180 - La reconnaissance d'une obligation de *praestare* à la charge du bailleur. Le Code civil met à la charge du bailleur de nombreuses obligations dont l'exécution est exigible par le preneur tout au long du contrat. Si envisagées indépendamment elles apparaissent autonomes, ce n'est qu'en contemplation d'un objet plus large du contrat qu'elles peuvent être considérées comme tendant à la réalisation d'un objectif économique commun : procurer au preneur la jouissance paisible du bien loué. C'est, semble-t-il, en ce sens que la jurisprudence impose parfois au bailleur, mais sans en préciser clairement la teneur, une obligation de mise à disposition⁹⁴². Il est alors permis de constater que de la délivrance en bon état de

⁹⁴² V. par ex. CA Poitiers 31 octobre 2006, n° jurisdata 2006-323638 ; CA Montpellier, 20 février 2001, n° jurisdata 2001-156842 ; CA Nancy, 5 mars 1992, n° jurisdata 1992-041638 ; CA Orléans, 17 septembre 1991, n° jurisdata 1991-047134.

réparation à la garantie contre les troubles de jouissance, l'ensemble des obligations du bailleur est marqué par la continuité, puisque durant l'exécution du contrat ce dernier doit intervenir afin de pérenniser la situation créée par le contrat (1). Dès lors, ces obligations ayant toutes le même objet – assurer une jouissance paisible au preneur – il est possible de les unifier en caractérisant une obligation de *praestare* à la charge du bailleur (2).

1. Les obligations du bailleur marquées par la continuité

181 - Une pluralité apparente d'obligations. L'article 1719 du Code civil impose au bailleur une pluralité d'obligations. Il doit ainsi délivrer le bien, l'entretenir et faire jouir le preneur paisiblement⁹⁴³. De même, les articles 1725 à 1727, organisent une obligation de garantie contre les troubles de jouissance. Tout d'abord, l'obligation de délivrance dans le bail s'apparente, d'un point de vue purement matériel, à celle du vendeur : il doit mettre le bien à la disposition du preneur⁹⁴⁴. Le bailleur doit ainsi laisser le preneur prendre possession du bien loué ; elle consiste donc « à donner au locataire la faculté d'enlever la chose »⁹⁴⁵. Néanmoins, la comparaison avec la délivrance dans la vente s'arrête là puisqu'il doit délivrer un bien « en bon état de réparation »⁹⁴⁶. Le législateur adjoint donc un aspect qualitatif⁹⁴⁷ : si dans la vente, le *tradens* doit délivrer la chose dans l'état où elle se trouve⁹⁴⁸, dans le cadre d'un bail il ne peut, sauf clause contraire, s'en contenter. La chose doit être en mesure d'être utilisée par le preneur ; aussi, le bailleur doit-il exécuter « toutes les

⁹⁴³ Ainsi qu' « assurer (...) la permanence et la qualité des plantations », art. 1719, 4°.

⁹⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 20 janvier 2009, inédit, pourvoi n° 07-21623, « le bailleur avait pleinement satisfait à son obligation de délivrance en mettant à la disposition de la locataire le terrain de golf et le club house existant » ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°334-4 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°493 ; J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°21161.

⁹⁴⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T. IV, *Traité du contrat de louage*, par M. BUGNET, Paris, Cosse, Marchal et Plon, 2^e éd., 1861, n°56.

⁹⁴⁶ Art. 1720 C. civ. La mise en état des lieux n'est toutefois pas d'ordre public, les parties peuvent ainsi insérer une clause contraire stipulant que le preneur prend la chose dans l'état où elle se trouve, V. par ex. Cass. Soc. 11 octobre 1962, Bull. civ. V, n°709, « par des clauses expresse, le bailleur peut s'exonérer de l'obligation de délivrer la chose louée en bon état et de l'entretenir pour servir à l'usage auquel elle est destinée, ces obligations n'étant pas de l'essence des contrats de louage ». Depuis la loi SRU du 13 décembre 2000, une telle stipulation est toutefois limitée en matière de bail à usage d'habitation, sur ce point, V. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil – Contrats spéciaux*, op. cit., n°315.

⁹⁴⁷ Selon l'expression de J. CAYRON, *La location de biens meubles*, préface Ph. DELEBECQUE, PUAM, 1999, n°221.

⁹⁴⁸ Art. 1614 C. civ.

réparations dont le besoin se fait sentir au moment de l'entrée en jouissance du preneur, même les réparations dites locatives »⁹⁴⁹. Dans son aspect matériel, la mise à disposition ne se réduit pas au seul abandon de la chose mais se trouve complétée par une activité nécessaire de la part du remettant. Cet accroissement de la délivrance se comprend parfaitement : dans la vente la réalisation de la délivrance met un terme aux obligations matérielles du vendeur, or dans le bail elle est l'obligation de laquelle découlent toutes les autres. Dès lors, dans l'hypothèse où le bailleur se contenterait de laisser le preneur prendre possession sans effectuer les réparations nécessaires, il ne serait pas pleinement déchargé de son obligation de délivrance⁹⁵⁰. L'obligation de mettre une chose en bon état de réparation à la disposition semble se rattacher néanmoins à une obligation plus large ; elle est, en effet, la première étape d'une série d'obligations tendant à permettre au preneur de retirer toutes les utilités du bien loué. Ponctuelle, puisque n'intervenant qu'à l'occasion de l'entrée dans les lieux, elle est complétée par une autre obligation, s'exerçant tout au long du bail : l'obligation d'entretien⁹⁵¹. Suivant l'ordre du Code, la troisième obligation principale du bailleur serait celle d'assurer la jouissance paisible au preneur.

182 - Une obligation sibylline : la jouissance paisible. L'article 1719, 3° prévoit que le bailleur est tenu « *de faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail* ». Le contenu de cette obligation est, pour le moins, sibyllin ; la doctrine semble avoir du mal à lui apporter un véritable contenu autonome. Certains auteurs estiment que cet article impose au bailleur de garantir la jouissance paisible. Il se rapporterait donc aux garanties d'éviction et contre les vices cachés que doit le bailleur au preneur⁹⁵². Ainsi, procurer la jouissance paisible reviendrait à « *garantir au*

⁹⁴⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVIII, *Du contrat de louage*, T. I, Paris, Librairie de la société du recueil général des arrêts, 1898, n°191.

⁹⁵⁰ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 2 juillet 2003, Bull. civ. III, n°141, qui affirme que le bailleur n'a pas rempli son obligation de délivrance en ne procédant pas aux travaux de désamiantage exigés par la loi à la date du bail ; CCC 2003, n°173, note L. LEVENEUR ; LPA 2004, n°203, p. 5, obs. S. PIMONT ; Droit et Pat. octobre 2003, p. 80 et s., n°3358, obs. P. CHAUVEL ; JCP éd. E. 2003, p. 1909, obs. J. MONÉGER ; *Adde*, CA Grenoble 15 décembre 2008, jurisdata n°2008-005346 ; Rapp. F. COHET-CORDEY, *L'obligation de délivrance du bailleur dans les contrats de location d'un bien immobilier*, AJDI 1998, n°12, p. 1014 et s.

⁹⁵¹ Art. 1719, 2° C. civ. Pour un exposé détaillé des implications de cette obligation V. J. CAYRON, *op. cit.*, n°224 et s.

⁹⁵² En ce sens, V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, n°251 et s. ; M. PLANIOL, G. RIPERT, par J. HAMEL, *Traité pratique de droit civil français*, T. X, *Contrats civils, première partie*, *op. cit.*, n°511 et s., H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, *Les principaux contrats usuels, première partie*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1951, n°600 et s. ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 4^e éd., 1871, §366, p. 474 ; J. HUET, *op. cit.*, n°21164 et s. ; J. CAYRON, *op. cit.*, n°231 et s.

preneur le bénéfice du bail »⁹⁵³. Suivant d'autres auteurs, la jouissance paisible serait une obligation autonome, distincte des garanties. Cette obligation consisterait à faire jouir le preneur, « *c'est-à-dire accomplir tous les faits et actes nécessaires pour lui procurer constamment une complète et paisible jouissance, et à plus forte raison [il doit] s'abstenir de tous ceux qui pourraient entraver qui pourraient amoindrir ou gêner en quoi que ce soit cette même jouissance* »⁹⁵⁴. L'obligation de laisser la jouissance paisible s'analyserait ainsi comme une obligation de ne pas faire teintée toutefois d'une dose nécessaire d'activité de la part du bailleur⁹⁵⁵. Néanmoins, la présentation tendant à dissocier la jouissance paisible des garanties, et plus particulièrement de la garantie d'éviction, peine à convaincre pleinement. Les auteurs la rattachent, en effet, plus ou moins directement, à la garantie du fait personnel. Cette assimilation se comprend, l'article 1719, 3° n'étant pas d'une grande clarté. Il est alors nécessaire pour la doctrine de rattacher la jouissance paisible à une catégorie connue : celle de la garantie.

Manifestant les mêmes hésitations que la doctrine, la jurisprudence ne consacre que rarement un contenu autonome à cette obligation. Comme le note un auteur, dans la majorité des décisions, elle « *se cache généralement derrière l'obligation d'entretien ou de garantie* »⁹⁵⁶. Un arrêt semble toutefois tenter de procurer un domaine propre à cette obligation. Ainsi, la décision rendue par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 23 février 1994⁹⁵⁷, fait référence à l'« *obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement* ». Si l'arrêt paraît aujourd'hui isolé, une telle conception de la jouissance paisible, envisagée en tant qu'obligation véritablement autonome des garanties ou des autres obligations du bailleur permettrait un "retour aux sources" des effets du bail.

⁹⁵³ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. XI, *La vente, le louage de choses*, Paris, A. Rousseau, 2^e éd. 1938, rééd. 1996, n°495.

⁹⁵⁴ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. VI, Paris, Delamotte et fils, 7^e éd., 1875, p. 464 ; Adde, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°496 et s.

⁹⁵⁵ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°496, « *elle est essentiellement une obligation de ne pas faire. Mais cette passivité ne suffit pas à rendre compte de l'ensemble des cas dans lesquels le bailleur est susceptible d'engager sa responsabilité* ». Les auteurs lient ainsi à l'obligation de faire jouir paisiblement l'obligation générale de précaution et à l'obligation de sécurité (n°498 et 499).

⁹⁵⁶ C. AUBERT de VINCELLES, Rep. civ. Dalloz, V° *Bail*, septembre 2007, n°123 ; pour des liens avec la garantie, V. par ex., Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1991, Bull. civ. III, n°301 ; Cass. civ. 3^e, 20 avril 2005, Bull. civ. III, n°96 ; JCP, éd. N, 2005, 1400, note A. DJIGO ; Defrénois 2006, p. 432, obs. L. RUET. Pour des liens entre jouissance paisible et entretien, V. par ex. Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009, Bull. civ. III, n°88, D. 2009, p. 1481, obs. Y. ROUQUET.

⁹⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, Bull. civ. I, n°76, D. 1995, p. 214, note N. DION ; RTD civ.1994, p. 616, obs. P. JOURDAIN ; CCC 1994, comm. 94, obs. L. LEVENEUR.

2. L'unité des obligations du bailleur à la lumière de l'obligation de *praestare*

183 - La jouissance paisible, finalité du bail. Suivant de nombreux auteurs, la jouissance paisible ne serait pas une simple obligation parmi les autres, mais constituerait « *l'âme du bail* »⁹⁵⁸, l'obligation principale du bailleur. Il est vrai que le bail est défini par le Code comme « *le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* »⁹⁵⁹. Dès lors, la jouissance apparaît non plus comme l'une des obligations du bailleur, mais plutôt comme l'obligation principale à laquelle s'engage le bailleur et dont le paiement du prix constitue la contrepartie : elle serait donc « *pour le bailleur ce qu'est, pour le vendeur, l'obligation de transférer la propriété* »⁹⁶⁰. L'ensemble des obligations à la charge du bailleur convergerait vers la satisfaction de la jouissance paisible du preneur⁹⁶¹. L'analyse proposée ne séduit toutefois pas l'ensemble de la doctrine. Étudiant les obligations du bailleur, un auteur propose d'opérer une distinction entre la jouissance comme obligation caractéristique permettant la qualification du contrat de bail et la jouissance paisible, comme obligation tendant à la réalisation de la jouissance⁹⁶². La distinction entre jouissance et jouissance paisible n'est cependant pas irréprochable. Les dispositions du Code civil sur les obligations du bailleur sont empruntées pour une large part à POTHIER qui déduit d'une obligation générale de « *faire jouir ou user de la chose* » les différents engagements spécifiques du bailleur, et notamment celui de « *n'apporter aucun trouble à la jouissance* »⁹⁶³. Néanmoins, pour l'auteur, cette obligation spécifique se rapporte à la garantie d'éviction⁹⁶⁴, régie spécialement par le Code civil aux articles 1725 et suivants, et à laquelle ne semble donc pas pouvoir se rapporter la jouissance paisible. Il n'est, dès lors, pas nécessaire d'opérer une distinction entre jouissance et jouissance paisible, l'adjonction de cet adjectif n'apparaissant, d'ailleurs, que comme une certaine allégeance faite par les codificateurs à l'un des autres inspireurs du Code : DOMAT. Ce dernier estime, en effet, que le premier engagement du bailleur est

⁹⁵⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°323.

⁹⁵⁹ Art. 1709 C. civ.

⁹⁶⁰ M. PLANIOL, G. RIPERT, par J. HAMEL, op. cit., n°495.

⁹⁶¹ J. HUET, op. cit., n°21164.

⁹⁶² J. CAYRON, op. cit., n°31 et s. et n°231 et s.

⁹⁶³ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T. IV, op. cit., n°53, les autres engagements visés par l'auteur sont l'obligation de délivrer, d'entretenir la chose, et de garantir contre les vices.

⁹⁶⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T. IV, op. cit., n°75 et s.

« de faire jouir librement le preneur, fermier ou locataire »⁹⁶⁵. C'est donc une conception large de l'obligation de faire jouir paisiblement qui semble devoir être retenue. Dès lors, la rédaction de l'article 1719 devrait être repensée. Elle situe, en effet, au même niveau les obligations spécifiques du bailleur⁹⁶⁶, et l'obligation générale de laquelle elles émanent. L'article en question « ne rend pas compte de l'articulation de ces obligations, en les présentant comme des obligations parallèles, qui seraient indépendantes les unes des autres »⁹⁶⁷. Aussi, est-il envisageable de regrouper les obligations du bailleur en une seule et même obligation : celle de mettre le bien à la disposition du preneur.

184 - La jouissance paisible, incarnation de l'obligation de *praestare* du bailleur. Laisser la jouissance paisible apparaît comme une « obligation unique, essentielle (...). Ce n'est pas là une obligation parmi les autres, mais l'obligation générique du bailleur : toutes les autres ne sont que les divers moyens qui concourent à assurer cet objectif »⁹⁶⁸. L'admission d'une telle conception de la jouissance paisible permet d'opérer une synthèse des obligations du bailleur⁹⁶⁹. Il est vrai que l'ensemble des obligations que le Code civil met à la charge du bailleur ont pour objectif d'assurer une même finalité : le preneur doit pouvoir jouir paisiblement de la chose louée⁹⁷⁰. Néanmoins, affirmer que le bailleur est obligé de faire jouir le preneur paisiblement peut laisser dubitatif : cette obligation générale ne s'analyse pas aisément, elle ne semble pouvoir rentrer dans aucune catégorie classique du Code civil. Sa caractérisation en obligation de donner est exclue puisqu'aucun transfert de droit réel n'est en jeu⁹⁷¹. De même, à suivre les définitions de l'obligation de faire et de l'obligation de ne pas faire posées par l'Avant-projet de réforme du droit des

⁹⁶⁵ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres de J. Domat*, par J. RÉMY, T. I, Paris, A. Gobelet, 1835, liv. I, Tit. IV, Sect. III, p. 207, nous soulignons.

⁹⁶⁶ Que sont les obligations de délivrance, d'entretien et de garantie.

⁹⁶⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°334-3.

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°323.

⁹⁷⁰ V. semblant admettre à demi-mot une telle conception en retenant un lien entre les obligations de délivrance et d'entretien avec l'obligation de faire jouir le preneur, Cass. civ. 3^e, 18 mars 2009, inédit, pourvoi n°08-11011.

⁹⁷¹ *Contra*, J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Toulouse, Dalloz, 1951, n° 125, selon cet auteur, l'obligation de délivrance serait accompagnée d'une obligation de donner, siège de l'obligation de transférer la jouissance, « il suffirait de considérer que l'obligation de donner présente, en matière de bail, un caractère successif et impose au bailleur l'obligation de transférer au preneur, au jour le jour et de façon continue, la jouissance de la chose » ; Rapp. A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, Paris, E. Plon et cie, 2e éd. Par E. COLMET de SANTERRE, n°52.

obligations et du droit de la prescription⁹⁷², de telles qualifications ne satisfont pas non plus⁹⁷³ : dans ce contrat, il ne peut être affirmé que le bailleur est tenu d'une véritable abstention⁹⁷⁴. La qualification d'obligation de *praestare* s'impose alors⁹⁷⁵. Cette proposition se comprend tout à fait puisque l'obligation du bailleur consiste dans la mise à disposition du bien – première étape du mouvement de celui-ci – et dans la pérennisation de la situation créée. La situation du bailleur en droit positif se rapproche ainsi de celle du bailleur en droit romain, celui-ci était, en effet, également tenu de *praestare rem*⁹⁷⁶ ou de *praestare uti frui*⁹⁷⁷ : fournir la jouissance de la chose. Le lien opéré entre obligation de mise à disposition et jouissance paisible n'est d'ailleurs pas inconnu de la jurisprudence, l'arrêt rendu le 23 février 1994 par la première Chambre civile est à ce titre particulièrement éloquent. Les Hauts magistrats y affirment clairement l'existence d'une obligation de *praestare* à la charge du bailleur en traitant de l'« obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement »⁹⁷⁸.

À la différence de l'obligation de *praestare* du vendeur, celle du bailleur ne se limite pas à la seule mise à disposition matérielle du bien mais, au contraire, s'étend

⁹⁷² Art. 1144 : « l'obligation de faire a pour objet une action, comme la réalisation d'un ouvrage ou une prestation de services, ainsi dans l'entreprise ou le louage de services ; celle de ne pas faire une abstention, ainsi de la non-concurrence, du non rétablissement, de la non-divulgation ou de la non-construction ».

⁹⁷³ *Contra*, M. PLANIOL, G. RIPERT, par J. HAMEL, *op. cit.*, n°495, qui affirment que l'obligation de faire jouir paisiblement diffère de l'obligation du vendeur « en ce qu'elle est une obligation de faire, et non de donner ».

⁹⁷⁴ Il est, par exemple, tenu de procéder aux réparations au titre de son obligation d'entretien. V. par ex. condamnant l'inertie du bailleur, Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, Bull. civ. III, n°215, JCP éd. E. 2007, p. 1175, obs. A. DJIGO ; RDC 2007, p. 385, note J.-B. SEUBE ; LPA 2007, n°95, p. 12, comm. D. MANCEL.

⁹⁷⁵ Le bail est d'ailleurs l'un des rares contrats dans lequel la majorité de la doctrine tendant à reconnaître l'existence de l'obligation de *praestare* – du moins dans le sens de mettre à disposition – s'accorde. V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, T. 1., *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°80 ; G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, préc., n°5 et 8 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, *op. cit.*, n°171 ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n°178 ; Rappr. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Art. 1146.

⁹⁷⁶ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II, Domat, Montchrestien, 6e éd., 1940, n°129.

⁹⁷⁷ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8e éd., 1929, p. 607. Rappr. R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T. IV, *op. cit.*, n°53, qui traduit « faire jouir ou user de la chose » par « *praestare frui licere, uti licere* ».

⁹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, préc. Dans l'arrêt en question la qualification du contrat peut néanmoins être sujette à débat. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat de stationnement au sein duquel était insérée une clause stipulant l'irresponsabilité de l'exploitant en cas de dégradation des véhicules. Si la Cour de cassation ne qualifie pas expressément le contrat en cause de bail, la référence à la jouissance paisible l'en rapproche irrésistiblement. Aussi, en retenant une telle qualification, les juges ont-ils pu écarter l'application de la clause qui déchargeait mécaniquement l'exploitant de son obligation essentielle.

tout au long du contrat. Dès lors, les obligations de délivrer en bon état de réparation, d'entretenir et même de garantir contre l'éviction ne sont que les moyens d'assurer l'exécution complète de l'obligation de *praestare* du bailleur⁹⁷⁹. La proposition de certains auteurs, remarquant que la proximité de ses différentes obligations, malgré leur cohérence d'ensemble, traduisait leur manque d'autonomie⁹⁸⁰, s'avère parfaitement fondée. Elles ne sont, en effet, pas autonomes mais subordonnées à l'obligation plus large de *praestare* visant à procurer la jouissance paisible au preneur⁹⁸¹. Dès lors, cette obligation apparaît comme une obligation essentielle du contrat, les parties ne pouvant pas s'en dispenser⁹⁸² : il serait pour le moins étonnant de conclure un bail n'organisant pas la mise à disposition du bien. Au mieux peuvent-elles aménager les obligations subordonnées de délivrance en bon état de réparation ou de garantie⁹⁸³.

L'obligation de *praestare* dégagée en matière de bail, susceptible de se prolonger tout au long du contrat, semble avoir un rayonnement plus étendu que ce seul contrat. D'autres conventions organisent, en effet, la mutation d'une chose, à charge pour le *tradens* de maintenir cette situation durant la durée du contrat.

B. L'application du modèle dégagé à d'autres contrats

185 - Les différents visages de l'obligation de mise à disposition se prolongeant tout au long du contrat. L'aspect continu de l'obligation de mise à disposition ne se limite pas à la seule jouissance paisible. Celle-ci peut servir de modèle mais peut être aménagée afin de rendre compte de situations issues d'autres contrats. Aussi, dès qu'un *tradens* s'oblige, une fois la mise à disposition matérielle du bien effectuée, à assurer une certaine qualité de jouissance à l'*accipiens*, une

⁹⁷⁹ Rappr. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription Art. 1155, « l'obligation de concéder l'usage d'une chose implique de la délivrer et de la maintenir en état pendant un certain temps à l'issue duquel le détenteur est tenu de la restituer ; le tout sauf stipulation ou disposition contraire ».

⁹⁸⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°313.

⁹⁸¹ L'analyse semble indirectement confirmée par un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 29 avril 2009 (Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009, préc.). Dans cet arrêt la Cour lie le défaut de réparation au trouble de jouissance paisible, et précise l'étendue de cette obligation en affirmant que « l'obligation du bailleur d'assurer au preneur une jouissance paisible de la chose louée ne cesse qu'en cas de force majeure ».

⁹⁸² En ce sens, V. J. HUET, op. cit., n°21164 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°684 ; Rappr. Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, préc.

⁹⁸³ Sur ce point V. *Infra*, n°317.

obligation de *praestare* se prolongeant tout au long du contrat semble pouvoir être caractérisée. Les exemples d'application sont nombreux mais certains retiennent plus particulièrement l'intérêt, soit de par leur aspect polémique – c'est le cas des contrats de prêt (1) – soit en raison de la nature particulière des obligations qui en naissent, comme dans le cas des opérations nées du droit de la distribution (2).

1. Obligation de mise à disposition et contrats de prêts de choses

186 - La présence d'une obligation méconnue dans les contrats de prêt. Traditionnellement les contrats de prêt à usage et de consommation sont considérés comme des contrats réels et unilatéraux⁹⁸⁴. Ceux-ci ne feraient naître que l'obligation de restitution à la charge de *l'accipiens*. Néanmoins il a pu être constaté que l'obligation de restitution peut être détachée du contrat et être considérée comme une prédisposition de la chose à retourner à son propriétaire⁹⁸⁵. Dès lors, puisque la remise n'est pas non plus une obligation mais un élément de formation du contrat, ces opérations ne feraient naître aucune obligation et ne pourraient être qualifiées de contrat. Une analyse alternative peut toutefois être proposée. Il peut, en effet, être envisagé une redistribution des obligations dans ces opérations, en contemplation de leur économie, c'est-à-dire à la lumière de « *l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties* »⁹⁸⁶. S'il est certain que le prêteur ne prête pas uniquement dans le but de se voir restituer le bien⁹⁸⁷, il peut également être affirmé que l'emprunteur ne la reçoit pas uniquement pour la détenir mais plutôt pour en jouir, voire en tirer quelque profit⁹⁸⁸. Ce constat vaut d'ailleurs que le prêt soit envisagé comme étant un contrat réel ou consensuel : l'économie de l'opération reste la même. Il est alors possible de considérer, à la suite d'un auteur, que ce n'est pas par la remise de la chose que le prêteur épuise son activité⁹⁸⁹ ; « *bien au contraire, pour lui, c'est là que tout commence : il devient obligé de laisser le bien à la disposition de*

⁹⁸⁴ Le prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit est toutefois un contrat consensuel. Sur la notion et les critiques émises à l'encontre de la qualification des contrats réels V. *Supra* n° 67 et s.

⁹⁸⁵ V. *Supra* n° 91 et s.

⁹⁸⁶ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préface J. BEAUCHARD, PUAM 2004, n°274.

⁹⁸⁷ V. *Supra*, n° 92.

⁹⁸⁸ R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2001, Defrénois 2002, p. 259 et s.

⁹⁸⁹ Si le contrat est consensuel, la remise est une obligation ; s'il est réel, elle est l'élément en permettant la formation.

l'emprunteur pendant toute la durée du contrat »⁹⁹⁰. La caractérisation d'une obligation peut alors surprendre, suivant certains auteurs ces dispositions pourraient plus relever de la force obligatoire du contrat que de son contenu obligationnel : le prêteur ne pourrait retirer la chose avant le terme car il est tenu par les termes du contrat – « *pacta sunt servanda* » – et non parce qu'il est débiteur d'une obligation⁹⁹¹. Pour autant, il est possible de trouver une marque de cette obligation dans le Code civil : l'article 1888 dispose, en effet, qu'en matière de prêt à usage, « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* »⁹⁹². La jurisprudence y apparaît même attachée en imposant le respect d'un « *délai de préavis raisonnable* »⁹⁹³ au prêteur si le contrat ne prévoit pas de terme. Le preneur ne peut retirer le bien prêté sans tenir compte des besoins de son cocontractant, il doit donc respecter la jouissance de celui-ci. Le constat à tirer d'une telle proposition est double. Tout d'abord, que le prêt soit réel ou consensuel, le prêteur semble toujours obligé de laisser l'emprunteur jouir du bien. Ensuite, lorsque ces opérations se forment par la remise de la chose, cette analyse permet de les réintégrer dans la catégorie des contrats : les prêts font alors naître une seule obligation, celle de laisser la jouissance à l'emprunteur⁹⁹⁴.

187 - La reconnaissance d'une obligation de mise à disposition à la charge du prêteur. Cette obligation de laisser la jouissance à l'emprunteur durant la durée du contrat prend les traits d'une obligation de mise à disposition se prolongeant tout au long du contrat. Celle-ci se rapproche de celle du bailleur mais n'est néanmoins pas de la même intensité. Le prêteur n'a pas positivement à faire jouir

⁹⁹⁰ F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n°172. Rapp. du même auteur, *La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel*, (à propos de deux arrêts de la première chambre civile du 19 juin 2008), D. 2008, p. 2555 et s. ; Adde, P. PUIG, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, RDC 2009, p. 188 et s.

⁹⁹¹ En ce sens V. A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, op. cit., n°79

⁹⁹² V. affirmant que l'article 1888 fixe bien une obligation à la charge du *tradens*, P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. VIII, Paris, Delamotte, 1867, n°108, « *ce droit [de l'emprunteur] suppose une obligation corrélatrice de la part du prêteur, l'obligation de laisser à l'emprunteur la chose prêtée, laquelle obligation, (...) naît tant du consentement donné par le prêteur à ce que l'emprunteur retire du prêt tout le service espéré, que de la bonne foi qui ne lui permet pas de rétracter ce consentement donné volontaire et en toute liberté* » ; Rapp. art. 1899 C. Civ. en matière de prêt de consommation, « *le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées avant le terme convenu* ».

⁹⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, Bull. civ. I, n°34 ; D. 2004, p. 903, note C. NOBLOT ; RTD civ. 2004, p. 312, note P.-Y. GAUTIER. Sur l'évolution en la matière, V. *Supra* n° 84 ; Adde, Ph. BIHR, *Le temps de la restitution dans le prêt à usage*, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p.33 et s.

⁹⁹⁴ F. CHÉNEDÉ, op. cit., n°173.

l'emprunteur, « *mais au moins le prêteur contracte envers l'emprunteur une obligation négative de n'apporter de sa part, ni de celle de son héritier aucun trouble ni empêchement à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée* »⁹⁹⁵. Dès lors, s'il n'est pas possible de caractériser à la charge du prêteur une obligation de faire jouir paisiblement à l'image de celle du bailleur, l'objet des prêts semble néanmoins porter sur le fait de céder temporairement la jouissance à l'emprunteur ; en effet, « *affirmer (...) qu'après avoir remis la chose, le prêteur n'est tenu à rien est (...) très approximatif* »⁹⁹⁶. Si le prêteur ne doit pas fournir une jouissance paisible, puisqu'il n'est tenu d'aucune obligation d'entretien et d'une obligation de garantie diminuée⁹⁹⁷, il doit toutefois laisser l'emprunteur utiliser la chose : la laisser à sa disposition⁹⁹⁸. Cette analyse semble d'ailleurs confirmée par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui prend le soin, dans le cadre de la définition de l'obligation de donner à usage, de préciser que cette obligation s'applique dans le cadre d'un prêt à usage⁹⁹⁹.

La qualification du prêt en contrat réel ou en contrat consensuel ne change rien à la présence de l'obligation de mise à disposition : le prêteur doit laisser son cocontractant jouir de la chose, seule se trouve modifiée son étendue. Si le prêt est réel, l'obligation de *praestare* se limite au seul maintien en jouissance. Si le prêt est consensuel, son contenu s'enrichit : elle recouvre alors non seulement le maintien en jouissance mais également la délivrance du bien, le prêteur étant, dans cette hypothèse, obligé de le remettre. Une telle acception n'empêche, il est vrai, pas l'adhésion de l'ensemble de la doctrine. Un auteur propose ainsi de dissocier « *la*

⁹⁹⁵ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. V, *Traité du prêt à usage*, par M. BUGNET, Paris, Cosse, Marchal, et Plon, 2^e éd., 1861, n°76 ; *Contra*, concluant à une « *absence de droit* » V. G. BAUDRY-LACANTINIERE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898, n°663 ; Adde, L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 2^e éd., 1893, n°55 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878, n°431.

⁹⁹⁶ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy, 1992, n°315 ; Rapp. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. VI, Paris, Warée, 4^e éd., 1824, n°19, « *il est certain que l'obligation du prêteur, de ne redemander la chose prêtée qu'après le terme convenu, est une obligation principale (...)* » ; *Contra* H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, *Les principaux contrats usuels (deuxième partie)*, n°134, qui relie l'absence d'obligation de « *prester la jouissance* » à la gratuité du prêt.

⁹⁹⁷ Pour l'étude des garanties dans le prêt à usage, V. par ex., R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD com. 1977, p. 193 et s., spéc. n°50 et s.

⁹⁹⁸ V. qualifiant également l'obligation du prêteur comme une mise à disposition, J. ROCHFELD, Rep. civ. Dalloz, V° *Cause*, janvier 2005, n°32 ; É. SAVAUX, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, Defrénois 2008, p. 1967 et s. ; Y.-M. LAITHIER, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, RDC 2008, p. 1129 et s.

⁹⁹⁹ Art. 1146.

remise – ponctuelle – de la chose, qui marque le point de départ du prêt, et la mise à disposition – continue – du bien, qui constitue la véritable obligation du prêteur »¹⁰⁰⁰. Toutefois, la délivrance, s'analysant elle-même en une mise à disposition, et donc en une obligation de *praestare*¹⁰⁰¹, s'intègre à l'obligation du prêteur. Ce dernier est ainsi débiteur d'une obligation de mise à disposition plus complète, lorsque le prêt est consensuel, en ce qu'elle intègre la délivrance du bien¹⁰⁰². Dans cette conception, la double facette du *praestare* est en cause, et recouvre ainsi non seulement l'octroi du bien – la mise à disposition matérielle –, mais également la pérennisation de la situation sous les traits de l'obligation de laisser la jouissance à l'emprunteur. Si, au contraire, le contrat est réel, seul l'aspect du *praestare* portant sur la pérennisation de la détention est en jeu. Quelle que soit la qualification du contrat retenue, l'obligation de mise à disposition est toujours continue ; en effet, l'obligation de laisser l'emprunteur jouir du bien pendant la durée du contrat apparaît comme le minimum irréductible des contrats de prêt.

Si dans le cadre des contrats de prêt la mise à disposition peut se rapprocher d'une obligation d'abstention, en ce qu'elle ne se manifeste pas nécessairement par des actes positifs à la charge de son débiteur, dans d'autres contrats la continuité peut être envisagée de façon différente. Ainsi, dans certaines opérations issues du droit de la distribution, la continuité peut être caractérisée par l'obligation faite au fournisseur d'assister son cocontractant tout au long du contrat.

2. Obligation de mise à disposition et opérations issues du droit de la distribution

188 - Des contrats portant sur la mise à disposition des biens. Les contrats issus du droit de la distribution semblent également être la source d'une obligation de mise à disposition incluant la pérennisation du rapport. La présence d'une mise à disposition dans ce type de contrats apparaît incontestable ; en effet, traitant de l'obligation précontractuelle d'information, l'article L. 330-3 du Code de commerce traite des opérations par lesquelles « *toute personne (...) met à la*

¹⁰⁰⁰ F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n°172.

¹⁰⁰¹ V. *Supra* n° 169 ; Rappr. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription Art. 1155, « *l'obligation de concéder l'usage d'une chose impose de la délivrer et de la maintenir en état de servir pendant un certain temps* » (nous soulignons).

¹⁰⁰² À ce titre certaines décisions traitent non d'une obligation de remise des fonds mais bien d'une « *obligation de mise à disposition des fonds* », V. par ex. CA Lyon 8 septembre 2005, n° jurisdata 2005-282503 ; CA Metz, 28 mars 2002, n° jurisdata 2002-194638.

disposition¹⁰⁰³ d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité »¹⁰⁰⁴. Plus spécifiquement, les contrats de distribution et notamment ceux de concession exclusive¹⁰⁰⁵ et de franchisage¹⁰⁰⁶ semblent être le siège d'une obligation de *praestare* continue à la charge du fournisseur¹⁰⁰⁷. Conçues essentiellement comme des conventions cadre permettant aux contractants de « soumettre à un certain régime les contrats à venir »¹⁰⁰⁸, elles font naître à la charge du concédant deux obligations : celle de fournir les produits au concessionnaire, c'est-à-dire de l'approvisionner, et celle de l'assister. L'obligation d'approvisionnement se traduit par la mise à disposition matérielle de biens au profit du concessionnaire ou du franchisé¹⁰⁰⁹. Elle peut alors être assimilée à l'obligation traditionnelle de délivrance dans les contrats de vente¹⁰¹⁰ et constitue ainsi une obligation de *praestare*. Néanmoins, la fourniture matérielle n'épuise pas l'obligation du fournisseur, en effet, il est tenu d'assister son cocontractant. L'assistance participe de la mise à disposition pleine et entière des biens au franchisé et à ce titre se prolonge tout au long du contrat.

¹⁰⁰³ Nous soulignons.

¹⁰⁰⁴ Cet article est la codification de l'article 1^{er} de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989, dite loi DOUBIN.

¹⁰⁰⁵ Également appelé contrat de concession commerciale ou, en droit communautaire, contrat de distribution exclusive, V. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4^e éd., 2006, n°626 et s. Par ce contrat est créée une relation d'exclusivité de fourniture à la charge du concédant, au profit du distributeur. Il est défini en droit communautaire par l'article premier du règlement CE n°1983-83 comme l'opération par laquelle « une partie s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente dans l'ensemble ou dans une partie définie du territoire du marché commun ».

¹⁰⁰⁶ « Contrat (...) en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V°franchisage.

¹⁰⁰⁷ En ce sens V. G. PIGNARRE, *préc.*, n°26.

¹⁰⁰⁸ J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, *À propos des contrats d'assistance et fourniture*, D. 1973, chron. p. 199 ; Rapp. D. FERRIER, *Rep. civ. Dalloz, Franchise*, mars 1996, n°1, « le contrat de franchise est, alors, la convention visant à organiser l'utilisation des éléments constitutifs de la réussite commerciale du franchiseur (...) ».

¹⁰⁰⁹ Sur ce point, V. Ph. Le TOURNEAU, note sous CA PARIS 27 mai 1980, D. 1981, p. 314 et s. Rapp. CA COLMAR, 18 octobre 1972, D. 1973, p. 496 et s., note L. CABRILLAC et A. SEUBE, « la convention d'exclusivité par laquelle un fabricant s'engage à livrer sa production à un commerçant pendant un temps déterminé ne s'analyse pas simplement en une obligation de faire qui, en cas d'inexécution ne pourrait se résoudre qu'en dommages et intérêts conformément à l'article 1142 du code civil ; il s'agit en effet d'une convention synallagmatique créant à la charge des parties des obligations réciproques s'analysant dans la personne du fabricant en une double obligation de faire et de livrer dont le créancier a le droit d'exiger l'exécution (...) ».

¹⁰¹⁰ En ce sens, V. Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^e éd., 2007, n°74.

189 - La reconnaissance d'une obligation de mise à disposition s'étalant durant tout le contrat. Si la reconnaissance d'une obligation d'assistance dans les contrats de franchisage ne semble guère poser de problème, il en va différemment dans les contrats de concession. Dans le premier type de contrat, l'assistance s'exerce non seulement au moment du contrat mais également tout au long de son exécution¹⁰¹¹. Par ailleurs, dans les contrats de franchisage l'assistance apparaît comme une obligation relevant de l'essence du contrat¹⁰¹², et à ce titre n'a pas besoin d'être insérée expressément par les parties dans la convention¹⁰¹³. C'est ainsi que l'article 1-3, b, du règlement communautaire n°4087-88 dispose que le contrat de franchise emporte « *la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord* ». L'assistance se traduit de différentes façons. Par exemple, le franchiseur est tenu de contrôler l'activité du franchisé et doit « *intervenir si le franchisé rencontre des difficultés dans son exploitation, afin de modifier les éléments de franchise qui paraissent inadaptés ou mettre fin au contrat* »¹⁰¹⁴. De même, au stade de l'exécution du contrat, le franchiseur doit assister le franchisé en actualisant le savoir-faire, lorsqu'une telle "mise à jour" est « *nécessitée par une évolution des techniques de fabrication, des méthodes de vente, des goûts de la clientèle... révélée par l'expérience commerciale constamment entretenue par le franchiseur* »¹⁰¹⁵. L'obligation ne se limite pas à une "simple" prestation intellectuelle, mais peut contraindre le franchiseur à réaliser des actions positives¹⁰¹⁶, la rapprochant ainsi de l'obligation d'entretien à laquelle est tenu le bailleur.

Dans les contrats de concession la situation apparaît plus compliquée. Ces conventions n'emportent pas, par elles-mêmes, d'obligation d'assistance à la charge

¹⁰¹¹ Cass. com. 20 juin 2006, inédit, pourvoi n°04-14663, LPA 2006, n°224, p. 22, obs. F.-L. SIMON.

¹⁰¹² Cass. com. 8 juillet 1997, inédit, pourvoi n°95-17232, l'« *assistance [et] l'usage de l'enseigne du franchiseur, (...) constituent des éléments essentiels et spécifiques du contrat de franchisage* ».

¹⁰¹³ Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n°89, l'auteur précise néanmoins que « *même si l'obligation d'assistance est de la nature du contrat de franchisage, il est préférable de la prévoir expressément, pour en déterminer l'étendue et les modalités* » ; Rapp. du même auteur, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 1050, 15 janvier 2008, n°124, qui précise que l'obligation d'assistance est « *intrinsèque* » au contrat de franchisage.

¹⁰¹⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 2006, n°521.

¹⁰¹⁵ D. FERRIER, *op. cit.*, n°23, l'auteur s'appuie sur TGI Paris 20 novembre 1989, Lettre de la distribution 1989-3 ; Rapp. décision de la Commission du 17 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, Journal officiel n° L 008, 10 janvier 1987, p. 49 et s.

¹⁰¹⁶ Ainsi par exemple l'assistance peut porter sur « *l'aménagement des locaux, la publicité locale, la fonction logistique, la création d'un système informatique centralisé, la formation du franchisé et de son personnel, la maintenance, etc.* », Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n°89.

du concédant. Or à défaut de stipulations contractuelles prévoyant une telle obligation, la question de sa reconnaissance suscite la controverse. Une partie de la doctrine semble favorable à la systématisation d'une telle obligation à la charge du fournisseur¹⁰¹⁷. Issue d'une interprétation quelque peu extensive de certains arrêts¹⁰¹⁸ cette analyse semble avoir été contredite par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 6 mai 2002¹⁰¹⁹ à l'occasion duquel il a pu être précisé que « *le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion* »¹⁰²⁰. Si une telle solution semble condamner la présence d'une éventuelle obligation de loyauté dans ce contrat, le préavis étant, selon les juges, suffisant pour permettre au concessionnaire de préparer sa reconversion¹⁰²¹, cela ne semble pas néanmoins exclure la présence d'une obligation d'assistance. Il est, en effet, tout à fait possible de considérer que l'assistance à laquelle est obligé le concédant n'a trait qu'à la réalisation parfaite de la mise à disposition du bien. En ce sens il est tenu d'apporter au distributeur « *une assistance matérielle, technique et commerciale* »¹⁰²². Dès lors, le concédant semble également tenu d'une obligation de mise à disposition : il doit délivrer les biens puis, tout au long de l'exécution du contrat, réaliser certaines activités afin de pérenniser la situation créée. En matière de contrat de franchisage ou de concession, l'assistance s'intègre à la mise à disposition car elle participe à sa réalisation. Le fournisseur paraît donc débiteur d'une obligation de mise à disposition au profit du distributeur.

¹⁰¹⁷ V. par ex. Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec, 2003, n°55 ; D. FERRIER, *Droit de la distribution*, op. cit., n°649.

¹⁰¹⁸ CA Paris 26 mars 1999, JCP 2002, II, 1024, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2000, p. 114, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CA Paris, 11 février 1999, Cahiers de droit de l'entreprise 1999, n°2, p. 30, obs. D. MAINGUY ; RTD civ. 1999, p. 390, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 15 janvier 2002, inédit, pourvoi n°99-21172 ; JCP 2002, II, 10157, note C. JAMIN ; D. 2002, p. 2841, note D. MAZEAUD ; D. 2002, p. 1974, note crit. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹⁰¹⁹ Cass. com. 6 mai 2002, Bull. civ. IV, n°81 ; D. 2002, p. 2842, note D. MAZEAUD ; JCP éd. E. 2002, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 34, obs. J.-P. CHAZAL ; CCC 2002, n°134, obs. L. LEVENEUR ; CCC. 2002, n° 158, note M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁰²⁰ Cette solution a été réaffirmée depuis par Cass. com. 7 avril 2004, inédit pourvoi n°02-15287 et Cass. com. 23 janvier 2007, 05-17601 ; Comp. CA Paris, 2 octobre 2008, CCC 2009, comm. 97, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; RDC 2009, p. 1151, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁰²¹ En ce sens, V. par ex. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Solidarisme contractuel et contrat de distribution*, RDC 2003, p. 154, « *point de solidarisme contractuel imposé à ce stade, car le préavis suffisait à permettre au concessionnaire de se convertir et de retirer in fine le bénéfice de l'utilité économique du contrat* ».

¹⁰²² D. FERRIER, *Droit de la distribution*, op. cit., n°649 ; Adde, D. LEGEAIS, J.-Cl. com. fasc. 307, *Concession exclusive*, n°35 ; Adde, H. KENFACK, *Précisions sur le droit international des contrats de concession exclusive*, D. 2007, p. 1575 et s., qui estime que l'assistance est un élément essentiel du contrat.

190 - Synthèse. L'obligation de mise à disposition exigible tout au long du contrat traduit donc une obligation pour le *tradens* de pérenniser la situation créée par le contrat. Dans les différentes hypothèses étudiées, l'obligation de *praestare* ne se limite pas à la seule exécution de l'obligation de délivrance, mais bien au contraire s'étend tout au long du contrat. Cette conception de l'obligation de *praestare* permet d'ailleurs de synthétiser les différents sens octroyés à cette obligation en droit romain¹⁰²³ : le débiteur de la mise à disposition étant tenu de transmettre la chose puis d'être garant, de répondre de cette transmission. Les différentes applications – maintien d'une jouissance paisible ou obligation d'assistance par exemple – concourent à la réalisation d'un même objectif : la pérennisation de la situation créée par les parties. Le champ d'application d'une telle obligation de mise à disposition semble large et dépasse les contrats étudiés, qui n'ont été utilisés qu'à titre d'exemple. Ainsi, elle semble pouvoir être également consacrée en matière de droit rural, dans le cadre des conventions de mise à disposition¹⁰²⁴, dans les contrats de coffre-fort¹⁰²⁵ et plus largement encore dans l'ensemble des contrats emportant la transmission d'une chose et l'obligation pour le *tradens* d'en préserver l'usage. Ces obligations de mise à disposition ne semblent néanmoins pouvoir être systématisées qu'à l'occasion des mouvements de choses à titre temporaire : si le remettant doit assurer la jouissance, l'obligation ne peut être que limitée dans le temps. La mise à disposition obligeant tout au long du rapport aurait donc, nécessairement, pour corollaire la restitution. À l'inverse, si la mise à disposition accompagne un transfert de propriété, elle se limite au seul dessaisissement du bien : le débiteur n'étant alors tenu que de délivrer le bien et non de pérenniser la transmission une fois celle-ci réalisée. Néanmoins, il est possible de découvrir de telles obligations de mise à disposition dans certains contrats n'emportant pas de transfert de droit, et donc étant conclus à charge de restitution.

¹⁰²³ V. *Supra* n° 154 et s.

¹⁰²⁴ V. sur ce point, S. MAZEAUD-LEVEUR, *Les conventions de mise à disposition en droit rural*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.303 et s.

¹⁰²⁵ Dans ce contrat, le banquier doit, en effet, non seulement mettre le coffre à disposition mais également assurer, tout au long du contrat, la surveillance de celui-ci. V. par ex. Cass. civ. 27 avril 1953, D. 1953, p. 422, « le contrat constitué par la mise d'un compartiment de coffre-fort à la disposition d'un client par une banque comporte pour celle-ci une obligation particulière de surveillance, et le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient ».

§ 2. Les obligations de mise à disposition limitées à la seule remise de la chose

191 - La diversité des obligations de mise à disposition limitées à la remise. La mise à disposition est limitée à la remise quand la pérennisation du rapport fait défaut. Dans ce cas l'obligation du *tradens* quant au mouvement de la chose, se limite à la seule délivrance du bien : la mise à disposition matérielle. Par celle-ci, il renonce temporairement ou non à l'usage de son bien et s'en dessaisit afin de le confier à son cocontractant. Si le contrat de vente peut être l'exemple typique d'une telle obligation de *praestare*, le vendeur n'ayant pas à assurer une quelconque jouissance paisible à l'acheteur une fois le bien délivré, d'autres hypothèses peuvent se rencontrer. Les contrats en vertu desquels naît une telle obligation de *praestare* sont divers, mais ces différentes opérations s'unissent toutefois en un point : l'obligation du *tradens* se limite toujours à la seule mise à disposition matérielle du bien. Les effets de cette obligation varient également, ainsi la limitation de la mise à disposition apparaît comme étant la source de la précarité de certaines conventions (A). Néanmoins, comme en attestent les nombreux exemples d'application, la mise à disposition n'est pas nécessairement réalisée à titre précaire et peut parfois intervenir en exécution d'un contrat créateur de droit réel, ou emportant une obligation de garde à la charge de l'*accipiens* (B).

A. La présence d'une obligation de mise à disposition dans la convention d'occupation précaire

192 - Mise à disposition et précarité. Création de la pratique, la convention d'occupation précaire a pour spécificité de permettre l'octroi de l'usage d'un bien sans accorder de véritable droit au bénéficiaire. Pouvant être dénoncée à tout moment par le remettant, cette convention n'emporte donc la reconnaissance que d'une jouissance précaire. Aussi, est-ce fort classiquement que la précarité se déduit de la fragilité de la relation et permet la qualification de la convention (1). Néanmoins, la recherche de la précarité peut être menée de façon alternative en contemplation de l'obligation du *tradens*. Il est alors permis de constater que la fragilité de la relation tient à l'absence d'obligation à la charge de ce dernier pendant l'exécution du contrat. Il n'est, en effet, tenu que d'une obligation de mise à disposition limitée à la remise, incompatible avec

la reconnaissance d'un véritable droit de jouissance à l'*accipiens*. L'aspect provisoire de la convention ne serait ainsi qu'une conséquence de l'absence d'obligation de pérenniser le rapport et donc du défaut d'obligation de mise à disposition exigible tout au long du contrat (2).

1. La révocation discrétionnaire, critère classique de la précarité du contrat

193 - La fragilité de la relation, élément caractéristique des conventions emportant une jouissance précaire. La convention d'occupation précaire, qui trouve à s'appliquer en matière immobilière, est définie comme le « *contrat par lequel les parties manifestent leur volonté de ne reconnaître à l'occupant qu'un droit de jouissance précaire, moyennant une contrepartie financière modique* »¹⁰²⁶. Afin de bien rendre compte de la situation, la définition devrait cependant être complétée afin d'introduire l'idée suivant laquelle le contrat peut être révoqué à tout moment par le *tradens*¹⁰²⁷. Élément principal de la convention, en ce qu'il permet notamment de la distinguer du contrat de bail, la précarité a été sujette à certaines hésitations quant à sa détermination. La brièveté de la durée a tout d'abord pu être invoquée¹⁰²⁸, mais ce critère a été dépassé par la jurisprudence qui s'attache à démontrer que la précarité résulte plus de la fragilité de la convention que de sa durée effective¹⁰²⁹. Cette position se comprend tout à fait : la détermination d'une durée, « *si brève soit-elle, ôte au contrat son caractère précaire, puisqu'il ne peut être résilié*

¹⁰²⁶ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°361. La conclusion d'une telle convention n'est admise que sous réserve d'une « *cause objective de précarité* », J. CARBONNIER, obs. sous Civ. 9 novembre 1948, RTD civ. 1949, p. 273 ; V. par ex., Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009, 2 espèces, Bull. civ. III, n°89 et 90 ; Adde J.-B. SEUBE, *La justification de la précarité permettant d'échapper au statut des baux commerciaux*, note sous Cass. civ. 3^e 9 novembre 2004, RDC 2005, p. 361 et s. ; Sur ce point V. également X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, op. cit., n°688 et s. qui constate parfois la présence d'une « *précarité subjective, résultant d'une intention certaine et non frauduleuse des parties* », n°696. L'auteur ne voit cependant dans la convention d'occupation précaire qu'un bail dérogatoire pour un motif légitime, n°701 et s.

¹⁰²⁷ C'est pourquoi un auteur définit cette convention comme « *une combinaison juridique élémentaire dont la modalité essentielle [est] la précarité de la jouissance de l'occupant à laquelle le propriétaire peut mettre fin à tout moment* », C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats*, D. 1988, chron. p. 216 et s., spéc. n°9.

¹⁰²⁸ V. par ex. CA Paris, 8 mai 1950, Gaz. Pal. 1950, I, 340.

¹⁰²⁹ Pour de nombreuses références jurisprudentielles, V. C. ROY-LOUSTAUNAU, *Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux*, RTD com. 1987, p. 333 et s., spéc. p. 340.

durant le temps prévu »¹⁰³⁰. Aussi, le principal critère de distinction de qualification de la convention d'occupation précaire apparaît-il, suivant le doyen CARBONNIER, comme étant la fragilité de la situation du preneur : son caractère provisoire¹⁰³¹. Le provisoire serait ainsi de l'essence même de la convention d'occupation précaire¹⁰³².

194 - La précarité déduite d'une faculté du *tradens*. C'est, classiquement, en contemplation de la faculté du *tradens* de pouvoir révoquer le contrat et donc de provoquer la restitution quand bon lui semble, que les conventions précaires trouvent leur autonomie. La fragilité de la relation se déduit du droit de révocation à tout moment accordé au remettant¹⁰³³ : le « *pouvoir discrétionnaire de retrait, puisque les juges n'ont pas à connaître des mobiles de l'auteur de la rétractation* »¹⁰³⁴. La faculté de révocation à la première demande, semble être ainsi le critère principal de la fragilité de la relation. En matière de convention d'occupation précaire la solution ne semble guère susciter d'hésitations, le concédant peut se permettre de révoquer le contrat à tout instant avec effet immédiat¹⁰³⁵. Celui-ci peut donc dénoncer la convention sans avoir à respecter de délai de préavis¹⁰³⁶. C'est d'ailleurs cette faculté de révocation qui est, semble-t-il, recherchée par les propriétaires qui concluent une telle convention. Les liens entre faculté de révocation et précarité sont tellement forts, que même si la convention contient un terme, le propriétaire n'a pas nécessairement à le respecter et à maintenir l'occupant dans les lieux jusqu'à son échéance¹⁰³⁷.

La convention d'occupation précaire semble ainsi autonome par rapport au bail duquel elle est parfois rapprochée. Son champ d'application propre est déduit de la

¹⁰³⁰ J.-P. TIZZIO, *La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle*, JCP 1980, I, 2975, n°8 ; Rapp. B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, op. cit.*, n°453, « *brève durée et précarité ne doivent pas (...) être confondues : le caractère précaire de l'occupation est exclu en présence d'un temps de jouissance convenu, fût-il particulièrement court, de même qu'à l'inverse il ne suffirait pas que l'occupation se soit effectivement prolongée dans le temps pour décider qu'elle n'était point à titre précaire, si le contrat lui avait conféré ce caractère* » ; C. ROY-LOUSTAUNAU, *préc.*, p. 341, « *le provisoire peut donc durer* ».

¹⁰³¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, *Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°850. Rapp., par ex. CA Aix en Provence, 23 octobre 1986, D. 1988, p. 242 et s., comm. C. ROY-LOUSTAUNAU, la « *convention d'occupation précaire [est] caractérisée par la fragilité de l'occupation autorisée* ».

¹⁰³² J.-P. TIZZIO, *préc.*, n°6.

¹⁰³³ Voir à l'occupant.

¹⁰³⁴ J.-P. TIZZIO, *préc.*, n°9.

¹⁰³⁵ V. en ce sens, J.-P. TIZZIO, *préc.*, n°9 ; pour une illustration V. par ex. Cass. civ. 3^e, 16 février 2000, Bull. civ. III, n°33 ; D. 2000, p. 207, obs. Y. ROUQUET.

¹⁰³⁶ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1971, Bull. civ. III, n°639 ; Cass. com. 19 février 1962, Bull. civ. IV, n°102 ; En ce sens, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n°361 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°665.

¹⁰³⁷ CA Paris, 8 janvier 1980, D., 1980, IR, p. 107.

précarité de la situation, essence même de la relation ; celle-ci étant classiquement rattachée à la faculté de révocation discrétionnaire du remettant. Néanmoins, un autre critère semble pouvoir être dégagé afin d'asseoir l'aspect précaire de cette convention. Il est, en effet, possible de constater que la précarité est avant tout issue de la faiblesse des prérogatives accordées par ces contrats, liée à la limitation de l'obligation de mise à disposition du *tradens*.

2. La ponctualité de la mise à disposition, critère renouvelé de la détermination de la précarité

195 - La reconnaissance d'une obligation de mise à disposition limitée à la remise à la charge du *tradens*. Il est possible de considérer que la précarité est moins issue de la faculté de révocation que le fruit de l'objet de l'obligation du *tradens*. Ce dernier ne semble pas débiteur d'une obligation aussi large qu'un prêteur¹⁰³⁸ ou un bailleur, qui sont tenus, en vertu de leur obligation de mise à disposition, d'assurer une certaine qualité dans la jouissance accordée à l'*accipiens*¹⁰³⁹. Ainsi, par exemple, il apparaît qu'en concluant une convention d'occupation précaire le concédant souhaite non seulement pouvoir récupérer son bien dès qu'il l'entend, mais souhaite également se décharger de l'obligation de laisser la jouissance paisible à l'occupant et de l'ensemble de ses conséquences. Dans le cadre des opérations conclues à titre précaire, le *tradens* est, selon toute vraisemblance, tenu de délivrer le bien, s'en dessaisir et donc de le mettre à la disposition de son cocontractant. L'analogie avec les contrats avec lesquels elles sont parfois rapprochées s'arrête toutefois ici quant au contenu obligationnel. Il apparaît, en effet, qu'un concédant ne peut se voir imposer les obligations d'un bailleur¹⁰⁴⁰, il n'est donc pas débiteur des obligations de garantie et d'entretien, composantes de la jouissance paisible : la mise à disposition à laquelle il est tenu ne se prolonge pas pendant le contrat mais se limite à la seule mise à disposition matérielle, puisque manque la pérennisation du rapport.

Par ailleurs la précarité peut être déduite de l'absence d'exclusivité de la jouissance du bien. Comme le note un auteur, « *en l'absence de tout droit de*

¹⁰³⁸ Le pendant teinté de précarité du prêt prend néanmoins les traits du précaire, dont la qualification de contrat peut être réfutée, V. *Infra*, n° 224 et s.

¹⁰³⁹ V. *Supra* n° 179 et s.

¹⁰⁴⁰ En ce sens, Cass. civ. 3^e, 12 juin 1985, Loyers, 1985, n°349, note B.V. ; Adde, C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats*, préc., n°9 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°361.

jouissance exclusive sur la chose louée, le contrat ne peut être considéré comme un bail et devient une convention d'occupation précaire »¹⁰⁴¹. Le concédant n'a donc pas à assurer une jouissance exclusive à l'occupant, en effet, « *la précarité de la jouissance qui est stipulée dans la convention d'occupation précaire est une notion incompatible avec la jouissance paisible que présuppose le contrat de bail* »¹⁰⁴². Cela se traduit par l'absence d'obligation d'assurer une occupation privative¹⁰⁴³ du bien ou l'octroi d'un droit intermittent et non permanent sur la chose¹⁰⁴⁴. Ainsi, dans les contrats précaires, le bien est mis à la disposition du bénéficiaire mais celui-ci n'en a pas la libre disposition, il ne peut se prévaloir d'un droit de jouissance exclusif sur le bien¹⁰⁴⁵. Dès lors, puisque le concédant n'est tenu d'aucune obligation d'entretien, de garantie, ni même d'assurer une jouissance exclusive à l'occupant ou au précariste, il ne semble tenu que d'une obligation de délivrance et n'a pas à assurer la pérennité du contrat : le *tradens* n'est donc débiteur que d'une obligation de *praestare* purement matérielle.

196 - La limitation corrélatrice des prérogatives de l'*accipiens*. Le droit de l'*accipiens* dans les contrats conclus à titre précaire est non seulement provisoire mais également limité dans son étendue. Cette constatation amène un auteur à affirmer qu'un des éléments caractéristiques de la convention d'occupation précaire est l'absence de « *droit au maintien dans les lieux* »¹⁰⁴⁶. Consacrant cette analyse, un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 21 mars 1990 a pu affirmer que dans ce type de contrat l'occupant ne peut fonder aucun espoir quant à la pérennité du contrat¹⁰⁴⁷. Ce dernier ne dispose que d'un droit limité, « *instantané, presque factuel* »¹⁰⁴⁸. L'idée suivant laquelle ces conventions emportent

¹⁰⁴¹ J.-P. TIZZIO, préc., n°10; Rappr. C. ROY-LOUSTAUNAU, *Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux*, préc., spéc. p. 343 et s.

¹⁰⁴² C. ROY-LOUSTAUNAU, préc., p. 351.

¹⁰⁴³ Tel est notamment le cas lorsque le concédant exerce un droit de regard sur l'usage des lieux, ou contrôle la gestion du bien, V. par ex. CA Aix, 8 octobre 1982, Bull. civ. Aix, n°189.

¹⁰⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 14 novembre 1973, Bull. civ. III, n°578, « *en raison de l'intermittence de la jouissance des lieux (...) la cour d'appel n'a pas dénaturé le contrat (...) en décidant qu'il s'agissait d'une convention d'occupation précaire* ».

¹⁰⁴⁵ V. retenant l'absence d'exclusivité de l'usage pour refuser la qualification de bail, Cass. civ. 3^e 13 février 2002, Bull. civ. III, n°40 ; Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2006, Bull. civ. III, n°10 ; Loyers et Copropriété 2006, n°3, comm. 48, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; Defrénois 2006, p. 721, note É. SAVAUX.

¹⁰⁴⁶ P. ESMEIN, *Les conventions d'occupation précaire d'un immeuble*, JCP 1952, I, 1059, n°7.

¹⁰⁴⁷ Cass. civ. 3^e, 21 mars 1990, Loyers et copropriété 1990, n°266.

¹⁰⁴⁸ C. MOYSAN, *La précarité dans les relations contractuelles en droit privé*, thèse Tours, 1993, p. 249.

un véritable droit de jouissance pour le bénéficiaire¹⁰⁴⁹ pourrait d'ailleurs être remise en cause : dépourvue de pérennisation, cette mise à disposition ne confère donc à l'*accipiens* qu'une faculté d'usage particulièrement limitée, qui participe de la précarité de la situation. Puisque pendant l'exécution du contrat il ne peut rien demander au concédant, le bénéficiaire du contrat n'est créancier que de l'obligation de délivrance. En réalisant cette obligation, le *tradens* permet à son contractant d'user de la chose, mais il n'a pas à garantir cet usage. Se pose donc la question de la détermination, voire de l'existence du droit de l'occupant. Aucune action n'est reconnue au bénéfice de l'*accipiens* afin de contraindre le *tradens* à pérenniser la situation et celui-ci peut y mettre un terme à tout moment. Dès lors, il semble que de telles conventions ne font naître aucun droit pour le premier, à l'exception du droit d'exiger la délivrance¹⁰⁵⁰. Au mieux, ces contrats n'accorderaient qu'une sorte de tolérance¹⁰⁵¹ permettant au bénéficiaire d'user de la chose mise à sa disposition.

La convention d'occupation précaire ne semble donc produire à la charge du concédant qu'une obligation de délivrer la chose et celui-ci n'est plus, une fois la délivrance réalisée, débiteur d'aucune obligation. La situation créée ne doit donc pas être analysée en contemplation d'un quelconque droit de créance pour l'occupant qui n'apparaît pas titulaire d'un véritable droit jouissance. Ce dernier ne peut se prévaloir que d'une simple tolérance accordée par son cocontractant et révocable à tout moment. La convention d'occupation précaire permet donc de systématiser l'obligation de *praestare* limitée au seul mouvement de la chose. Dans cette situation, la mise à disposition s'épuise par la mutation du bien, le *tradens* pouvant alors se prétendre dégagé de ses obligations. Il apparaît alors que, dans bien d'autres contrats, l'obligation du remettant se limite à la seule mise à disposition matérielle de la chose.

¹⁰⁴⁹ Rappr. É. SAVAUX, préc., qui estime que la faculté du "bailleur" de pouvoir modifier les horaires d'accès aux locaux, « ne constitue pas un motif de précarité » mais « empêche l'occupant d'avoir la jouissance du bien ».

¹⁰⁵⁰ Rappr. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n°6461, l'auteur semble estimer que la caractéristique de la convention d'occupation précaire est l'absence de droit de l'occupant : le contrat de bail « n'a de raison d'être que s'il accorde un droit au locataire, et donc une certaine sécurité, fut-elle brève. Si ce n'est pas le cas, il n'y a pas bail mais convention d'occupation précaire ».

¹⁰⁵¹ En ce sens, V. par ex. Cass. civ. 3^e, 18 décembre 1968, Bull. civ. III, n°565 ; CA Paris, 25 janvier 2007, n°05- 23885.

B. Le large champ d'application de l'obligation purement matérielle de mise à disposition

197 - Une même obligation issue de contrats divers. L'obligation de mise à disposition limitée à la remise semble avoir un rayonnement important. Elle trouve à s'appliquer dans l'ensemble des contrats emportant la seule mise à disposition matérielle du bien à la charge du *tradens*. Les situations qu'elle a vocation à régir sont nombreuses et divergent dans les prérogatives accordées à l'*accipiens* sur la chose. Ainsi, la mise à disposition de la chose peut être exécutée en vertu d'un contrat n'accordant aucun droit d'usage, mais uniquement une obligation de garde et, à l'opposé, en exécution d'une convention emportant la création d'un droit réel sur la chose. Puisqu'ils représentent des "extrêmes" dans la force du lien unissant l'*accipiens* à la chose, le contrat de dépôt (1) et la convention d'usufruit (2) retiennent particulièrement l'attention.

1. Mise à disposition limitée à la remise et contrats de dépôt

198 - L'existence d'une obligation à la charge du déposant. L'éventualité de caractériser une obligation à la charge du déposant peut surprendre. Le dépôt est, en effet traditionnellement analysé comme étant un contrat réel unilatéral ; la remise de la chose ne constituant qu'un élément de formation du contrat et ne pouvant, de ce fait, être qualifiée d'obligation¹⁰⁵². La présentation est confirmée par la lettre de l'article 1919 du Code civil qui dispose que ce contrat « *n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée* » et qui a pu amener certains auteurs à affirmer que le dépôt serait « *le plus réel des contrats réels* »¹⁰⁵³. Néanmoins, la qualification réelle d'un tel contrat n'emporte pas l'adhésion de l'ensemble de la doctrine¹⁰⁵⁴. Il peut, en effet, être noté que, tranchant avec l'article 1919, l'article

¹⁰⁵² V. par ex. Cass. crim. 18 novembre 1969, Bull. crim. n°300 ; Cass. com. 30 janvier 2001, Bull. civ. IV, n°26 ; Adde, R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. V, *op. cit.*, n°7 p. 125 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *op. cit.*, n°1016 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, *Contrats civils deuxième partie*, par A. ROUAST, R. SAVATIER et J. LEPARGNEUR, Paris, LGDJ, 1932, 1167 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°797 ; J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, *op. cit.*, p. 161 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°730.

¹⁰⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°861.

¹⁰⁵⁴ V. par ex. l'astucieuse formule de P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°968, qui estime que le dépôt est « *le plus consensuel des contrats réels* » ; Adde, J. HUET, *op. cit.*, n°33129.

1921 affirme que « le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit ». Cette disposition n'est toutefois pas de nature à contrecarrer la qualification du dépôt en contrat réel ; elle semble essentiellement marquer la distinction entre la situation dans laquelle il y a véritablement intention de conclure un dépôt et les « circonstances où, à la va-vite, quelqu'un accepte de recevoir momentanément la chose confiée par un autre »¹⁰⁵⁵. Il est toutefois possible de considérer que certains contrats de dépôt – lorsqu'ils sont conclus à titre onéreux ou intéressé – perdent la qualification de contrats réels¹⁰⁵⁶. Les hypothèses de dépôts réels deviendraient, dès lors, marginales. Une interprétation quelque peu extensive d'un arrêt de la Cour de cassation tend à poser une véritable présomption d'onérosité pour les dépôts conclus avec un professionnel. La première Chambre civile, dans un arrêt rendu le 5 avril 2005, affirme, en effet, que « le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste, accessoire à un contrat d'entreprise, est présumé fait à titre onéreux »¹⁰⁵⁷. Dès lors, le dépositaire agissant à titre de professionnel trouve un véritable intérêt dans le contrat qui devient pleinement commutatif : la perception d'un salaire. Le dépôt n'est alors plus conclu dans le seul intérêt du déposant, qui pourrait ainsi être considéré comme débiteur non seulement du salaire, mais également de l'obligation de délivrer le bien¹⁰⁵⁸. Suivant cette proposition, face à la réticence d'un déposant ne daignant plus remettre le bien, le dépositaire pourrait exiger une telle remise¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ A. SÉRIAUX, *Contrats civils, op. cit.*, n°95 ; Adde, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, Sirey, 3e éd. 1939, « bien que réel, le dépôt implique, chez les parties, une volonté appropriée : il faut que le déposant entende faire et que le dépositaire sache recevoir la chose à titre de dépôt ; c'est en ce sens qu'il est vrai de dire, avec l'article 1921 que le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et celle qui le reçoit », n°1361 ; sur les relations tendant à un dépôt mais ne s'y assimilant pas, V. *Infra*, n° 214 et s.

¹⁰⁵⁶ Pour le rapport entre la gratuité et la qualification de contrat réel, V. *Supra* n° 74 et s. Il peut être noté qu'en droit suisse, le dépôt est un contrat consensuel et non réel, en ce sens, V. P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, Zurich, 2^e éd., 1995, n°4849 ; P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Staempfli, Berne, 2^e éd., 2000, p. 597 ; Adde, A. TUNC, *Le contrat de garde*, thèse, Paris, 1941, Jouve et cie, p. 179, qui niant le caractère réel du dépôt affirme que « l'existence du contrat dès l'accord des volontés [devient] (...) plus matériellement visible lorsque des obligations naissent à la charge du déposant ; supposons par exemple qu'il se soit engagé à reprendre l'objet déposé avant une certaine date : il est bien certain que cette obligation aura sa source dans l'accord et non dans la remise ».

¹⁰⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n°164 ; JCP, éd. E. 2006, p. 1858, note F. LABARTHE ; CCC 2005, comm. 148, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2005, p. 819, note B. VAREILLE ; RDC 2005, p. 1025, obs. A. BÉNABENT ; RDC 2005, p. 1123, obs. P. PUIG ; cette jurisprudence semble s'inscrire dans un mouvement de professionnalisation du dépôt. Le dépôt commercial aurait suivant un auteur, « supplanté le dépôt civil, vieillard et moribond et lui a insufflé un sang nouveau », G. MEAUX, *Le dépôt commercial de marchandises*, Thèse Lille, 1957, p. 6.

¹⁰⁵⁸ En ce sens V. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles, op. cit.*, n°308 et s.

¹⁰⁵⁹ L'hypothèse d'un dépositaire demandant en justice, l'exécution de la remise reste néanmoins très théorique, comme le note un auteur, « on voit mal ce qui motiverait le

199 - La consécration d'une obligation de mise à disposition. De prime abord, sans pour l'instant aborder l'idée d'une obligation à la charge du déposant, il peut paraître étonnant d'estimer que le dépôt donne naissance à une mise à disposition. Dans ce contrat, le dépositaire n'acquiert en effet la chose que dans le but de la garder et de la conserver¹⁰⁶⁰. L'absence d'usage de la chose n'apparaît néanmoins pas de nature à exclure la présence d'une mise à disposition, puisque le mouvement de la chose est indispensable à l'efficacité du contrat. C'est en ce sens qu'un auteur qualifie le transport du bien dans le cadre d'un dépôt de « *mise à disposition statique dans la mesure où le dépositaire ne retire aucune utilité de la chose* »¹⁰⁶¹. Dès lors, si le dépôt emporte une mise à disposition de la chose au dépositaire et que dans certains cas le déposant est tenu d'une obligation de remise, ce dernier est débiteur d'une obligation de *praestare*. Tenu de remettre la chose, le déposant s'engage à une obligation de mise à disposition purement matérielle. Il semble d'ailleurs que le dépôt rend parfaitement compte du double mouvement inhérent à toute remise : le dessaisissement de la chose et son enlèvement corrélatif¹⁰⁶². La définition même du dépôt posée par le Code civil est éloquente et se focalise clairement sur la réception de la chose en énonçant qu'il s'agit d'« *un acte par lequel on reçoit* »¹⁰⁶³ la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer »¹⁰⁶⁴. D'ailleurs, il peut être relevé qu'à défaut de réception, les juges ne sauraient caractériser un contrat de dépôt, le seul abandon de la chose par le *tradens* ne consommant pas la remise¹⁰⁶⁵. Si le déposant est obligé de remettre la chose, cette obligation doit nécessairement être qualifiée d'obligation de *praestare*. La mise à

dépositaire à s'en prévaloir. Celui-ci aura plutôt intérêt à réclamer sous forme de dommages-intérêts tout ou partie de la rémunération qui lui avait été promise », P. PUIG, *op. et loc. cit.*

¹⁰⁶⁰ Le dépôt irrégulier doit toutefois être réservé : par celui-ci le dépositaire acquiert, en effet, la propriété du bien et donc l'usage de la chose, V. *Supra* n° 50 et s.

¹⁰⁶¹ J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, *op. cit.*, p. 159 ; Rapp. A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, n°47, p. 132, certaines « opérations se limitent (...) à conférer au possesseur le droit et le devoir de veiller à la conservation de la chose reçue. Néanmoins, il s'agit encore d'une mise à disposition : le possesseur détient légitimement la chose et, par là, peut s'opposer victorieusement à ce que d'autres s'en emparent ou la malmènent » ; *Contra*, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°506 et s. qui excluent le dépôt des contrats de mise à disposition et l'intègrent aux contrats sur les services.

¹⁰⁶² Sur ce point, V. *Supra* n° 4 et 148.

¹⁰⁶³ Nous soulignons.

¹⁰⁶⁴ Art. 1915 C. civ. Rapp. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n°6265, « le dépôt se décompose en deux actes : la remise (...) et la réception de la chose » ; le centrage du contrat autour de la réception est encore plus marquée en droit suisse. L'article 472 du Code des obligations définit, en effet, le dépôt comme « un contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière que celui-ci lui confie et à la garder en lieu sûr ».

¹⁰⁶⁵ En ce sens, V. Cass. civ. 2^e, 6 mars 1996, Bull. civ. II, n°58 ; RTD com. 1996, p. 706 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1996, Bull. civ. I, n°307, RTD com. 1997, p. 316 obs. B. BOULOC ; RTD civ. 1997, p. 139, obs. P. JOURDAIN.

disposition n'inclut en aucun cas la pérennisation de la situation créée, cela contreviendrait à l'économie du contrat. Le déposant remet la chose en vue de la garde et de la conservation de la chose, non pour que son cocontractant puisse en jouir. Il n'a, dès lors, pas à assurer la pérennisation de la situation créée. Au contraire, l'objet du contrat de dépôt est d'abandonner la conservation de la chose au dépositaire. La mise à disposition se limite donc ici à la seule délivrance du bien.

Par ailleurs, l'obligation du déposant dans le cadre d'un dépôt irrégulier ne se distingue pas de celle issue du dépôt régulier. Dans cette hypothèse, la délivrance intervient à la suite du transfert de la propriété du bien¹⁰⁶⁶, et est assimilable, d'un point de vue matériel, à celle issue d'une vente. Dès lors, puisque le droit est transféré, le *tradens* n'a pas à assurer une quelconque jouissance à son contractant. En ce que le dépôt irrégulier emporte une mise à disposition de la chose suivant la constitution d'un droit réel pour l'*accipiens*, ce contrat se rapproche, quant au contenu obligationnel de la convention d'usufruit.

2. Mise à disposition limitée à la remise et convention d'usufruit

200 - La présence d'une obligation de mise à disposition à la charge du nu-propiétaire. Si l'usufruit trouve le plus souvent sa source dans la loi, il peut également être l'objet d'un contrat¹⁰⁶⁷. Il est classiquement enseigné que l'usufruit est conçu comme un démembrement de la propriété, emportant la création de droits réels¹⁰⁶⁸ « *coexistant sur la chose et juxtaposés, mais séparés* »¹⁰⁶⁹ : le nu-propiétaire et l'usufruitier exercent donc leurs prérogatives indépendamment¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ Mais n'emporte pas le transfert de la propriété qui s'opère alors par l'usage que le dépositaire irrégulier fait de la chose, V. *Supra* n° 50 et s.

¹⁰⁶⁷ Art. 579 C. civ., « *l'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme* ».

¹⁰⁶⁸ Dans la présentation classique de l'usufruit, l'usufruitier est titulaire de l'*usus* et du *fructus*, le nu-propiétaire ne conservant que l'*abusus*. V. toutefois, la proposition alternative de C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Litec, 9^e éd., 2007, n°212, « *contrairement à l'apparence créée par la terminologie, l'usufruit ne laisse pas l'abusus au nu-propiétaire ; il ne peut disposer du bien ni matériellement, ni juridiquement. Ce qui caractérise sa situation, c'est sa vocation certaine à retrouver la pleine propriété et, corrélativement, les moyens qui lui sont donnés de sauvegarder les intérêts légitimes qu'il tient de cette vocation* » ; dans le même sens, V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, II*, 2^e vol., *Les biens*, Sirey, 1965, n°62, « *on ne peut pas dire, tant que l'usufruit dure, que la nue-propiété correspond à l'abusus : le nu propriétaire ne pourrait détruire la chose et il est pratiquement fort gêné même pour aliéner* ».

¹⁰⁶⁹ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n°781.

¹⁰⁷⁰ V. par ex., M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, *op. cit.*, n°2829 ; G. CORNU, *Droit civil, les biens*, Domat, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n°64 ; pour une affirmation du principe, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1997, inédit, pourvoi n°95-10672 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, Bull. civ. I, n° 282

L'indépendance n'est néanmoins pas parfaite : certaines obligations indispensables à l'exécution de la convention naissent nécessairement à la charge des parties¹⁰⁷¹. Ainsi, afin de permettre à l'usufruitier de jouir du bien et d'entrer en possession, le nu-propiétaire doit impérativement délivrer la chose¹⁰⁷². Il peut être noté que l'usufruitier bénéficie, en cas d'inexécution de cette obligation par le nu-propiétaire, de deux actions : une action confessoire basée sur le droit d'usufruit et une action personnelle fondée sur la convention d'usufruit. S'exécutant suivant les mêmes modalités que la délivrance issue d'un contrat de vente¹⁰⁷³, l'obligation du nu-propiétaire semble donc pouvoir être analysée comme une mise à disposition matérielle. Cette conception est confirmée par le fait que, contrairement au bailleur, le nu-propiétaire n'a pas à délivrer le bien en bon état de réparation ; en effet, l'article 600 du Code civil dispose que « *l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont (...)* »¹⁰⁷⁴. Dès lors, pas plus que pendant la réalisation de l'usufruit, l'usufruitier ne pourrait contraindre le nu-propiétaire à réaliser des réparations au moment de la délivrance¹⁰⁷⁵. Afin de réaliser son obligation le *tradens* n'a donc d'autre activité à déployer que de se dessaisir physiquement de la chose et donc de permettre à l'*accipiens* de venir l'enlever. La limitation de la mise à disposition exigée du nu-propiétaire s'explique par le fait qu'une fois la délivrance réalisée, il est déchargé de toute obligation.

201 - L'exclusion d'une quelconque obligation de mise à disposition se prolongeant tout au long du rapport : la distinction entre faire jouir et laisser jouir. L'obligation de mise à disposition à laquelle est tenu le nu-propiétaire ne peut qu'être limitée. Il est cependant parfois enseigné qu'il serait débiteur d'une obligation

¹⁰⁷¹ Il peut d'ailleurs être noté que J. DOMAT, *Les lois civiles, op. cit.*, Partie I, li. I, tit. XI, sections IV et V, accordait à l'usufruit une sorte de caractère synallagmatique, traitant successivement « *des engagements de l'usufruitier et de l'usager envers le propriétaire* », puis « *des engagements du propriétaire envers l'usufruitier et envers l'usager* » ; F. ZÉNATI-CASTAING, obs. sous Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991, RTD civ. 1993, p. 168, « *l'usufruitier et le nu-propiétaire sont en réalité liés par un tissu complexe d'obligations* ».

¹⁰⁷² Cass. civ. Cass. civ. 8 mai 1973, Bull. civ. I, n°159 ; JCP 1973, II, 17566, note G. GOUBEAUX, « *un usufruitier peut, comme un propriétaire, exiger la remise des biens sur lesquels est assis son droit (...)* » ; Adde, J. DOMAT, *op. cit.*, section V, n°1, « *le propriétaire est obligé de délivrer à l'usufruitier (...) les lieux ou autres choses sujettes à l'usufruit (...) ou de souffrir qu'il s'en mette en possession* ».

¹⁰⁷³ V. J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. I, Dijon, Victor Lagier, 1824, p. 186, n°385.

¹⁰⁷⁴ L'analogie avec la délivrance dans le contrat de vente est ici aussi particulièrement marquante, en effet, suivant l'article 1614 du Code civil, « *la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente* ».

¹⁰⁷⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. X, *Traité de la distinction des biens*, T. II, Paris, Durand et Hachette, 2^e éd., 1861, n°458, l'usufruitier ne peut « *demande au nu-propiétaire aucun travail pour améliorer la chose* ».

négative, celle de ne pas troubler l'usufruitier¹⁰⁷⁶. Celle-ci est déduite du premier alinéa de l'article 599 du Code civil, qui précise que « *le propriétaire ne peut, par son fait ni de quelque manière que ce soit nuire aux droits de l'usufruitier* »¹⁰⁷⁷. Néanmoins cette nécessaire abstention de la part du nu-propriétaire qui ne doit pas exercer certains pouvoirs dévolus à l'usufruitier semble difficilement s'analyser comme une obligation. Le fait de « *s'abstenir de toute ingérence* »¹⁰⁷⁸, n'apparaît en réalité que comme une absence de droit pour le nu-propriétaire de diminuer ou de troubler la jouissance¹⁰⁷⁹. Se dégage ainsi une autre différence entre l'usufruit et le bail : alors que le bailleur doit faire jouir le preneur – ce que traduit son obligation de mise à disposition tout au long du contrat –, le nu-propriétaire doit laisser jouir l'usufruitier, c'est-à-dire « *ne pas mettre obstacle à l'exercice de son droit de jouissance* »¹⁰⁸⁰. La principale conséquence de ce principe est alors que ce dernier ne peut être contraint d'effectuer les grosses réparations.

Bien que le Code civil semble imposer au nu-propriétaire d'opérer ce type de réparations¹⁰⁸¹, la jurisprudence admet, de longue date, que l'usufruitier ne peut « *agir contre le nu-propriétaire pour le contraindre à exécuter les grosses réparations nécessaires à la conservation de l'immeuble soumis à l'usufruit* »¹⁰⁸². La règle posée par l'article 605 alinéa 2 du Code apparaît donc comme une *lex imperfecta*, une loi à laquelle le droit n'attache aucune sanction. Cette solution est parfois critiquée¹⁰⁸³, différents arguments semblent, en effet, militer en faveur d'une véritable obligation à la

¹⁰⁷⁶ V. par ex. J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. III, Dijon, Victor Lagier, 1824, p. 436, n°1463 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T.II, Paris, imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 4e éd., 1869, §233, p. 507 ; F. ZÉNATI-CASTAING, et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°338.

¹⁰⁷⁷ Pour une application V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 1972, Bull. civ. I, n°264.

¹⁰⁷⁸ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°834, les auteurs qualifient ce fait d'obligation de ne pas faire, n°837.

¹⁰⁷⁹ Rapp. G. CORNU, *Droit civil, les biens, op. cit.*, n°64, estime que « *la coexistence des droits réels n'empêche pas d'apercevoir, entre leurs titulaires, un devoir de respect mutuel* ».

¹⁰⁸⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVÉAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. V, *Des biens*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, n°557.

¹⁰⁸¹ Art. 605 al. 2 C. civ., « *les grosses réparations demeurent à la charge du nu-propriétaire (...)* ».

¹⁰⁸² Cass. civ. 3^e, 30 janvier 1970, Bull. civ. III, n°83 ; V. également, Cass. civ. 3^e, 10 juillet 2002, inédit, pourvoi n°00-22158 ; Rev. Loyers 2002, n°562, note J. RÉMY ; Cass. Req. 10 décembre 1900, GAJC, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°74-75 ; Adde, J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations, op. cit.*, n°767, « *le nu-propriétaire est tenu de supporter, non de faire* ».

¹⁰⁸³ V. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. IV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd. 1878, n°548 ; C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n°569 ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°338 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°836 ; A. RIEG, Rep. civ. Dalloz, V^o *Usufruit*, Août 1990, n°374.

charge du nu-propiétaire. Ainsi, certains textes du Code¹⁰⁸⁴ emploient l'expression « être à la charge de... » au sujet de véritables débiteurs d'obligations pouvant être contraints à exécuter. De même, l'article 607 permet au nu-propiétaire de ne pas rebâtir « ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit » ; dès lors ce texte édictant une règle spéciale, il suggérerait, *a contrario*, une obligation d'effectuer les autres réparations. Néanmoins, l'interprétation du principe à laquelle s'est ralliée la jurisprudence semble en parfaite adéquation avec l'économie générale de l'usufruit. Il s'agit, tout d'abord, d'une charge réelle ne pouvant créer aucune obligation pour le propriétaire¹⁰⁸⁵. De même, le nu-propiétaire n'est pas tenu d'exécuter les réparations lors de la délivrance, il paraîtrait ainsi paradoxal de permettre à l'usufruitier de le contraindre à les réaliser plus tard. La mise à disposition à laquelle est tenu le nu-propiétaire n'apparaît que limitée à la seule remise du bien. L'étendue du droit confié à l'usufruitier paraît donc exclusive de toute obligation à la charge du *tradens*. Puisque l'usufruit confère un droit réel, prévoir une obligation aux fins d'assurer la paisibilité de la jouissance apparaît superflu¹⁰⁸⁶. Aussi, une fois la chose délivrée, le nu-propiétaire est-il déchargé de toute obligation.

202 - Synthèse. Se dégage donc, aux côtés de l'obligation de mise à disposition se prolongeant tout au long du rapport, une obligation de mise à disposition plus limitée dans son étendue, qui se réduit à la seule obligation de délivrance. Une fois le dessaisissement de la chose effectué, le remettant est déchargé de toute obligation par rapport à la chose : il n'a en aucun cas l'obligation d'assurer la jouissance à l'*accipiens*. Le champ d'application de cette obligation de mise à disposition paraît particulièrement étendu. L'étendue des prérogatives conférées à l'*accipiens* n'entre, en effet, pas en compte dans la reconnaissance d'une telle obligation. C'est ainsi que l'obligation de mise à disposition limitée à la remise peut être systématisée aussi bien dans certaines opérations n'emportant la création que d'une simple tolérance, d'une détention précaire, ou encore d'un droit réel. Si dans leurs effets la convention d'occupation précaire, le dépôt ou encore l'usufruit sont diamétralement opposés, ces différentes opérations ont pour point commun de donner naissance à une seule obligation à la charge du *tradens* : il doit mettre le bien à la disposition de son cocontractant, c'est-à-dire lui permettre d'en prendre possession.

¹⁰⁸⁴ V. par ex. Art. 655 C. civ., « la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun ».

¹⁰⁸⁵ M. PLANIOL, G. RIPERT, et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, Paris, LGDJ, 1926, n°857.

¹⁰⁸⁶ Rappr. Cass. civ. 3^e, 3 mai 1989, Bull. civ. III, n°100 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, Bull. civ. I, n°211, « le droit réel d'usufruit (...) étant (...) de nature à (...) garantir une jouissance paisible ».

En exécutant la délivrance, le remettant se décharge de toute obligation et n'est, dès lors, pas tenu de pérenniser la situation créée.

203 - Conclusion de section : les variations de l'obligation de *praestare*. Saisissant l'ensemble des obligations portant sur le mouvement d'une chose, l'obligation de *praestare* semble trouver sa place en droit positif. Il est alors permis de remarquer que la remise de la chose en elle-même n'est pas toujours l'unique objectif poursuivi par les parties. Dans certains contrats, la remise est indispensable à la réalisation de l'opération économique mais ne l'épuise pas. L'objet du contrat ne porte alors pas directement sur la mise à disposition mais plus sur la pérennisation de la situation qu'elle a pu créer. Découverte en matière de contrat de bail, et plus particulièrement à la lumière de l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement son locataire, une première facette de l'obligation de *praestare* se révèle. Celle-ci porte alors non seulement sur la remise de la chose mais également sur l'assurance, pour l'*accipiens*, de pouvoir profiter pleinement de cette mise à disposition. Elle oblige alors le *tradens* tout au long du contrat à la réalisation de diverses activités, telles l'entretien ou la réparation. Dans ces hypothèses, la mise à disposition est nécessairement temporaire : si le remettant doit pérenniser la remise, l'obligation est nécessairement exécutée à charge de restitution. Le contrat peut également emporter la remise d'une chose sans rendre le *tradens* débiteur d'une quelconque obligation durant la phase d'exécution du contrat. Son engagement porte alors uniquement sur la délivrance du bien. Il doit simplement laisser l'*accipiens* l'enlever, et la réalisation de ce seul fait ponctuel éteint sa dette. Aussi, dans ces opérations, le débiteur de la mise à disposition peut-il se contenter de délivrer le bien et n'a pas à pérenniser la remise.

204 - Conclusion de chapitre : l'obligation de mise à disposition, siège de l'obligation de remise. Présente en droit romain mais méconnue par l'Ancien droit et le Code civil, l'obligation de *praestare* suscite de nombreuses controverses. Le terme même étant susceptible de multiples traductions, son intégration dans le vocabulaire juridique ne peut aller sans souffrir quelques hésitations. Les auteurs romanistes s'étant intéressés à la matière peinent à s'accorder sur le sens originel de la notion. Certains y voient une obligation de garantie, d'autres, l'obligation de livrer une chose. La synthèse entre les différentes acceptions est néanmoins possible. L'obligation de *praestare* pourrait alors présenter une nature duale, comprenant à la fois le mouvement de la chose et la garantie de cette remise. Suivant cette conception, le *praestare* a vocation à regrouper l'ensemble des obligations portant sur des remises de choses. La mise à disposition d'une chose est matériellement la même opération qu'elle intervienne en exécution d'un contrat translatif ou créateur de droit

réel ou non. Dès lors, le champ d'application de l'obligation de *praestare* ne semble pouvoir être réduit aux seules opérations non translatives de droit réel et à titre temporaire. La distinction entre les différentes mises à disposition ne doit donc pas être opérée en fonction de leur étendue temporelle ni des pouvoirs conférés sur la chose à l'*accipiens*, mais plutôt des suites de la délivrance imposées par le contrat. C'est ainsi que peuvent être distinguées les obligations de *praestare* limitées à la seule délivrance du bien et celles se prolongeant tout au long du rapport. Les premières se limitent à la seule mise à disposition matérielle du bien, alors que les secondes emportent à la fois la délivrance et la pérennisation de la situation créée par le biais de différentes obligations comme celles d'entretien, de réparation, ou encore de maintien en jouissance. Une analyse systématique des contrats portant sur la transmission d'une chose démontre que l'obligation de *praestare* innerve le droit des contrats spéciaux. Pour autant, toutes les remises de choses ne sauraient être considérées comme des obligations. L'obligation de *praestare* n'ayant vocation à intervenir qu'autant que le *tradens* est tenu de mettre à disposition, les hypothèses dans lesquelles il remet spontanément la chose doivent donc être présentées différemment.

CHAPITRE 2 LA REVELATION DE REMISES DETACHEES DU CONTRAT

205 - Découverte des remises détachées du contrat. L'idée qu'une chose puisse être remise sans qu'un contrat ne soit véritablement conclu a pu parfois être développée sous la plume de certains auteurs. Dans leur conception, la remise ne produit pas de situation de droit en raison d'une erreur des parties : s'il « *arrivait, par impossible, qu'entre deux parties qui se sont rapprochées pour contracter, l'une entendît livrer à titre de dépôt ou de donation une chose que l'autre croirait recevoir à titre de prêt de consommation, il faudrait dire qu'il n'y a là ni prêt, ni dépôt, ni donation, qu'il n'y a pas de convention, en un mot. C'est simplement un état de fait* »¹⁰⁸⁷. Pour partielle que soit cette démonstration, elle permet de jeter les bases d'une théorie plus large des remises détachées du contrat. L'hypothèse visée dans cette étude dépasse le seul cadre d'une remise consentie par erreur, elle en constitue même l'opposé : une remise pourrait volontairement être exclue du champ d'application du droit des contrats. Il conviendrait alors de dissocier deux types d'accords. L'un a pour objectif de créer un contrat, il y a alors un *animus contrahendi* qui peut être accompagné – comme c'est le cas dans un contrat réel – ou suivi – lorsqu'elle constitue l'exécution d'une obligation – de la remise d'une chose. Par définition, un tel accord de volontés serait exclusif de la qualification de remise détachée du contrat qui n'interviendrait qu'à l'occasion du second type d'accords. Celui-ci se cristalliserait uniquement sur la mise à disposition et l'enlèvement et serait dépourvu de toute intention de contracter. Bien qu'elle puisse être faite par erreur, il ne saurait être affirmé qu'une remise puisse être totalement involontaire. Bien au contraire, la remise semble nécessairement faire l'objet d'un accord de volontés. L'accord du *tradens* se manifeste par la mise à disposition ; celui de l'*accipiens* se traduit par la prise de pouvoir sur la chose. Dans ce cas, elle est consentie sans contrat. Puisque ces remises ne sont découvertes qu'à partir du constat de l'impossibilité de caractériser un contrat, elles semblent pouvoir être systématisées en se rapprochant du modèle contractuel. Force est alors de constater que les formes

¹⁰⁸⁷ P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. VIII, *Des petits contrats*, T. I, Paris, Delamotte, 1867, n°135.

qu'elles revêtent sont variées. Partant, il peut être proposé de les distinguer à la lumière d'une classification retenue, en règle générale, en matière de contrats spéciaux, c'est-à-dire en fonction de l'étendue des pouvoirs conférés à l'*accipiens*. Doivent donc être dissociées les remises détachées du contrat visant la conservation de la chose, et celles en autorisant l'usage. Les premières ont pour origine les situations confinant à un dépôt (section 1). Les secondes, quant à elles, se révèlent essentiellement autour du prêt à usage (section 2). Les remises détachées du contrat apparaissent donc essentiellement comme un phénomène jurisprudentiel : les juges, sans toutefois attribuer expressément une telle qualification, se montrant réticents à traiter comme des contrats des situations dans lesquelles un accord de volontés ne peut être découvert.

Section I Remises détachées du contrat et garde de la chose

206 - Les hésitations dans la qualification du dépôt : acte ou contrat ?

Prémices de la réflexion, la lecture de l'article 1915 du Code civil se révèle particulièrement troublante : « *le dépôt, en général, est un acte*¹⁰⁸⁸ par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ». Bien entendu, il peut être affirmé que la référence faite à l'acte juridique n'est pas fortuite¹⁰⁸⁹, l'article 1915 visant à la fois le dépôt « *proprement dit* », le dépôt nécessaire et le séquestre. La substitution du terme "acte" au terme "contrat" par rapport à la définition posée par POTHIER¹⁰⁹⁰ serait donc parfaitement justifiée. Pour autant, le doute dans la nature même de cette opération est bien présent. Certains auteurs préférant relier le dépôt au sacré doutent, en effet, de son assimilation au contrat¹⁰⁹¹. Cette théorie est en partie fondée sur une décision rendue par une Cour d'appel au lendemain du Code civil qui affirme que « *le législateur a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami comme un fait plutôt que comme une convention* »¹⁰⁹². Bien qu'étonnante, une telle solution peut s'avérer éclairante. L'objet n'est pas ici de nier catégoriquement la qualification de contrat au dépôt, celle-ci étant acquise¹⁰⁹³, mais plutôt de systématiser certaines situations, confinant au dépôt, mais ne pouvant s'y assimiler. La remise de la chose interviendrait donc sans contrat. Différentes sortes de remises, effectuées en vue de la surveillance ou de la garde de la chose peuvent ainsi être découvertes. Plus précisément, c'est à la lumière d'une

¹⁰⁸⁸ Nous soulignons.

¹⁰⁸⁹ V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 20, *De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898, n°1009.

¹⁰⁹⁰ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, par M. BUGNET, T. V, *Traité du contrat de dépôt*, Paris, Cosse, Marchal et Plon, 1861, p. 121, n°1, « *le dépôt est un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis* ».

¹⁰⁹¹ J. CARBONNIER, *La tentation du non-droit dans le petit contrat de dépôt*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 341 et s. ; V. dans une autre mesure, s'interrogeant sur la qualification du dépôt en contrat, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°860 ; G. PIGNARRE, Rep. Civ. Dalloz, *Dépôt*, Janvier 2010, n°9 et s.

¹⁰⁹² CA Colmar, 18 avril 1806, cité par J. CARBONNIER, op. cit., p. 342, note 4.

¹⁰⁹³ Comme en atteste l'article 1917 C. civ. « *le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit* » ; sur les obligations naissant d'un dépôt, V. *Supra*, n° 198.

opération particulière – le dépôt nécessaire – que l'idée que des remises puissent ne pas être contractuelles s'éclaire. Malgré l'indéniable création d'une obligation à la charge de l'*accipiens*, la difficulté d'y découvrir une véritable volonté contractuelle milite, pour découvrir dans ce dépôt une remise détachée du contrat (§1). Pour autant, ce type de relation juridique ne saurait se limiter à des hypothèses aussi exceptionnelles. Nombreuses sont, en effet, les hypothèses dans lesquelles la remise intervient détachée de tout mécanisme contractuel sans qu'il soit possible de caractériser l'accident permettant la qualification de dépôt nécessaire. La spécificité de ces relations réside alors, pour l'essentiel, dans l'absence d'obligation à la charge des parties (§2).

§ 1. Une remise détachée du contrat produisant des effets de droit

207 - Le dépôt nécessaire, une opération embarrassante ? Dès ses origines romaines le dépôt nécessaire se détachait des autres contrats. Outre les conditions particulières de sa formation, un régime spécifique lui était accordé. Ainsi par exemple, la sanction de l'infidélité du dépositaire, qui rendait la restitution impossible par son dol était aggravée, il pouvait ainsi être condamné au double¹⁰⁹⁴. Toutefois les héritiers du dépositaire étaient tenus de façon moins sévère : la sanction du double ne leur était pas applicable et ils ne pouvaient voir leur responsabilité engagée que pendant une année¹⁰⁹⁵. Comme il est parfois remarqué, un tel régime était particulièrement étrange. Tout d'abord, la condamnation au double rapprochait cette sanction d'une peine prononcée suite à un délit. Ensuite, la responsabilité réduite des héritiers semblait découler du contrat ; or dans cette hypothèse elle aurait dû être perpétuelle et non réduite à un an¹⁰⁹⁶. Cette singularité semble traduire une certaine confusion dans l'appréhension de la qualification du dépôt nécessaire. Le malaise se poursuit d'ailleurs aujourd'hui lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelles hypothèses il convient de faire appel aux dispositions relatives à ce contrat, la jurisprudence tentant, en effet, de réduire son champ d'application (A). Une explication à ces

¹⁰⁹⁴ *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 23. ; R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°76, explique cette sanction par le fait que « le malheur de celui qui a donné les choses en dépôt, rend plus atroce la perfidie du dépositaire ».

¹⁰⁹⁵ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, *op. cit.*, n°598

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

hésitations peut alors être ébauchée : le dépôt nécessaire serait mal saisi par le droit positif qui s'acharne à vouloir y voir un contrat. Aussi, une analyse du dépôt nécessaire détachée du contrat serait-elle en mesure d'éclaircir quelque peu la situation (B).

A. Les hésitations dans le recours au dépôt nécessaire

208 - Le dépôt nécessaire, une opération exceptionnelle. Prévu à l'article 1949 du Code civil, le dépôt nécessaire « *est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou un autre événement imprévu* »¹⁰⁹⁷. La particularité de cette opération tient dans les circonstances exceptionnelles dans lesquelles elle peut être "conclue" : les hypothèses de « *nécessité imprévue* »¹⁰⁹⁸. Si la liste d'exemples d'application prévue par le Code n'est pas limitative, les hypothèses dans lesquelles les juges ont pu retenir une telle qualification ne sont pas légion et l'homogénéité n'est pas l'apanage des arrêts rendus en la matière. Trois temps peuvent cependant être dégagés en jurisprudence.

209 - Le dépôt nécessaire, une opération presque « dépourvue d'emploi »¹⁰⁹⁹ ? Tout d'abord, la jurisprudence a semblé particulièrement frileuse à l'idée de caractériser un dépôt nécessaire, refusant par exemple une telle qualification au "dépôt" d'outils par un ouvrier sur le chantier où il travaille¹¹⁰⁰. Il en est de même, lorsqu'un salarié a laissé ses vêtements de ville dans un vestiaire de l'établissement

¹⁰⁹⁷ *Adde*, Cass. Req. 17 juillet 1923, DP 1923, 1, 203, qui affirme que pour qu'il y ait dépôt nécessaire il suffit que le déposant ait été contraint de faire ce dépôt par une nécessité pressante et pour soustraire la chose qui en est l'objet à une ruine imminente ; R. RODIÈRE, *La notion de dépôt nécessaire*, D. 1951, chron. p. 123 ; la liste du Code a également été élargie au lendemain de la seconde guerre mondiale, par l'ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 prévoyant que tout dépôt confié à un déposant par les personnes physiques ou morales dont les biens ont été spoliés est considéré comme « *un dépôt nécessaire et [peut] être prouvé par tous moyens* ».

¹⁰⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°900. Selon certains auteurs, ces circonstances ne relèvent pas nécessairement de la force majeure. L'article 1949 du Code civil semble admettre la caractérisation d'un dépôt nécessaire dans des cas moins restreints que la force majeure, en ce sens H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, *op. cit.*, par M. de JUGLART, n° 1510, « *il n'est pas nécessaire que l'événement ait été imprévisible ; il suffit qu'il ait été imprévu. Faut-il même un événement imprévu ? On peut en douter...* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°527, qui affirment que « *si les rédacteurs avaient voulu cantonner le dépôt nécessaire aux seules hypothèses de force majeure, ils l'auraient clairement exprimé* ».

¹⁰⁹⁹ R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 2005, Defrénois 2005, p. 1233

¹¹⁰⁰ Cass. civ. 24 juillet 1923, DP 1923, 1, p. 141.

où il travaille¹¹⁰¹, ou lorsqu'un spectateur a remis ses effets personnels au vestiaire d'un théâtre¹¹⁰². Dans un deuxième temps, certaines décisions ont pu qualifier des opérations de dépôt nécessaire, alors même que l'existence de l'accident, ce côté dramatique faisant toute sa spécificité, n'était pas aussi évidente que ne le laissent entendre les textes. Ainsi en est-il lorsqu'un patient devant subir une radiographie en urgence dans le cabinet d'un médecin doit retirer ses bijoux afin de pouvoir être soumis à cet examen et les remet à l'assistant de ce dernier¹¹⁰³.

Enfin, c'est dans le sens d'une position intermédiaire que la jurisprudence semble s'être arrêtée. Ne pouvant refuser de faire produire des effets de droit à la remise d'une chose aux fins de surveillance, mais limités par le texte du Code¹¹⁰⁴, les juges s'attachent aujourd'hui à découvrir une nature spécifique à ces opérations lorsque ne peuvent être caractérisés ni un contrat de dépôt, ni un dépôt nécessaire. C'est en ce sens que la Cour de cassation censure une Cour d'appel¹¹⁰⁵ pour avoir qualifié de dépôt nécessaire la remise de bijoux par une cliente dans un salon de coiffure¹¹⁰⁶, les Hauts magistrats préférant voir en la matière une application de l'obligation de surveillance accessoire du contrat d'entreprise¹¹⁰⁷, empruntant

¹¹⁰¹ Cass. civ. 24 juillet 1929, DH, 1929, p. 474

¹¹⁰² CA Paris, 23 avr. 1902 : DP 1903, 2, p. 323.

¹¹⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1988, Bull. civ. I, n°330, RTD com. 1989, p. 528, obs. B. BOULOC ; Rapp. pour une solution presque identique, CA Aix en Provence, 30 novembre 1993, Jurisdata n°1993-049567. Dans une telle affaire, l'influence exercée par le dépôt hôtelier est peut-être la source de la qualification en dépôt nécessaire. L'article 1952 rapproche, en effet, les deux institutions en affirmant que « *les aubergistes ou hôteliers répondent, comme dépositaires des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire* ». Une assimilation pure et simple serait douteuse, il n'y a, en effet, pas d'accident lorsqu'un voyageur remet ses effets personnels à un hôtelier. Mais le rapprochement n'est que parcellaire, le Code mentionnant que le dépôt hôtelier « *doit être regardé comme un dépôt nécessaire* », affirme clairement qu'il ne s'agit pas d'une sorte de dépôt nécessaire, en ce sens, V. par ex. R. RODIÈRE et Ph. DELEBECQUE, Rep. civ. Dalloz, V° *Dépôt*, avril 1994, n°274 ; Adde, CA Metz, 4 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-355058. En l'espèce une voiture volée avait été retrouvée par les services de police qui l'avaient eux-mêmes confiée à un garagiste. Les juges excluent alors, de façon pour le moins étonnante, la qualification de dépôt volontaire et retiennent celle de dépôt nécessaire en se basant sur le fait que ce n'est pas le propriétaire lui-même qui avait remis la chose.

¹¹⁰⁴ V. R. LIBCHABER, préc., « *le cadre limité du dépôt nécessaire permet d'expliquer pourquoi il n'est presque jamais utilisé en jurisprudence : conçu trop étroitement, exclusivement réservé à des situations de crise grave, il s'est trouvé stérilisé et comme privé d'avenir pour les hypothèses ordinaires de la vie courante - ne parvenant à survivre que dans des situations dramatiques* ».

¹¹⁰⁵ CA Paris, 10 septembre 2001, D. 2002, p. 1300, comm. C. BLOUD-REY.

¹¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 2005, Bull. civ. I, n°67, Defrénois 2005, p. 1233, obs. R. LIBCHABER ; RDC 2005, p. 1031, obs. I. DAURIAC ; D. 2005, p. 2260, comm. C. BLOUD-REY ; Gaz. Pal. 2005, n°95, p. 10, note Y. DAGORNE-LABBE ; LPA 2006, n°22, p. 19, comm. Ph. GUEZ.

¹¹⁰⁷ V. dans la même affaire, l'arrêt rendu suite à un nouveau pourvoi, Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2007, inédit, pourvoi n°06-21650, RDC 2008, p. 402, note P. PUIG.

grandement au régime du dépôt¹¹⁰⁸. La mise à l'écart de la qualification de dépôt nécessaire se comprend parfaitement dans ce type d'espèces¹¹⁰⁹. Le *tradens* ne subit aucune pression, il n'y a pas à proprement parler de contrainte pesant sur lui le forçant à remettre ses biens à son cocontractant. La jurisprudence est donc souvent rétive à l'idée de retenir la qualification de dépôt nécessaire. La justification de cette tendance peut venir de l'article 1949 qui ne retient que des cas limités, mais il apparaît également que c'est faute de saisir parfaitement le fondement et la nature de cette opération que les juges sont contraints de l'écarter.

B. Le dépôt nécessaire, une opération à la limite du contrat ?

210 - Les liens entre le dépôt nécessaire et la notion de contrat : l'embarrassante qualification. La détermination de la nature du dépôt nécessaire suscite l'embarras. Le présentant devant le Corps Législatif lors des travaux d'adoption du Code civil, RÉAL affirmait en effet qu'« *il ne s'agit plus ici d'un contrat, mais plus exactement d'un quasi-contrat fondé sur la nécessité* »¹¹¹⁰. L'opinion présentée emporta une vive critique des commentateurs du Code, affirmant par exemple que « *telle [n'avait] pu être la pensée du législateur* »¹¹¹¹ et refusant de voir dans le dépôt

¹¹⁰⁸ En ce sens, V. P. PUIG, note préc., p. 409.

¹¹⁰⁹ Par contre, la mise à l'écart de la qualification de dépôt ordinaire est plus discutable. Lorsqu'un prestataire de services propose de recevoir les biens du client, notamment en organisant un service spécifique à cet effet, il est étonnant de refuser d'y voir l'acceptation de la prise en charge de la garde de ces biens, si ce prestataire n'entend « *pas être considéré comme un dépositaire, il lui [suffit] de ne pas offrir à sa clientèle le service qui est à l'origine du contentieux* », R. LIBCHABER, préc. La qualification d'un dépôt, en marge du contrat principal, aurait toutefois pour effet de consacrer « *un contrat mixte là où la finalité du contrat apparaît unitaire* », P. PUIG, préc., p. 407. Une telle qualification mixte est pourtant utilisée par les juges notamment dans le cadre des contrats conclus avec un garagiste. Il est, en effet, parfois affirmé que le dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste est accessoire à un contrat d'entreprise (Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n°165 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2009, Bull. civ. I, n° 204, « *le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste existe, en ce qu'il est l'accessoire du contrat d'entreprise, indépendamment de tout accord de gardiennage* »).

¹¹¹⁰ M. RÉAL, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIV, op. cit.

¹¹¹¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, op. cit., n°1182 ; Adde, C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXI, par. J.-B. DUVERGIER, Paris, Jules Renouard, 1843, n°509 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XXVII, Bruxelles, Bruylant, 1873, n°132. Il a été particulièrement reproché à TROPLONG d'avoir abondé dans le sens de M. RÉAL, en enseignant que le dépôt nécessaire n'était qu'un quasi-contrat (R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, T. XV, Paris, Charles Hingray, 1845, n°208 ; se reliant également à cette hypothèse, K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, T. V, par C. MASSÉ et C. VERGÉ, Paris, A. Durand, 1860, §738, n. 1), pour autant l'auteur ne réserve cette qualification spéciale au dépôt nécessaire que lorsqu'il est conclu par un incapable, dans les autres cas, il le qualifie de contrat et s'étonne lui aussi des propos tenus devant le corps

nécessaire autre chose qu'un contrat. Il est vrai que la qualification du dépôt nécessaire en contrat est tentante et quelque peu rassurante puisqu'elle permet de le rattacher à une catégorie connue¹¹¹². Les circonstances dans lesquelles il est conclu ne devraient, en principe, pas modifier sa nature. Même forcé par des événements extérieurs il y a bien un échange des consentements, « *la nécessité qui presse le déposant et l'impossibilité où il se trouve de choisir un dépositaire de confiance n'excluent pas son consentement ; quant à celui à qui il remet ses affaires, il peut se récuser ; s'il accepte le dépôt, il consent également, et il y a contrat* »¹¹¹³. La rencontre des volontés se cristalliserait donc sur le double mouvement indispensable à l'opération de remise de la chose¹¹¹⁴ : le déposant mettant la chose à la disposition, marquerait, en quelque sorte, l'offre de dépôt ; la réception par le dépositaire attesterait, quant à elle de son acceptation.

211 - La tentation d'une qualification alternative. Il n'est guère possible de se départir d'un certain de malaise à l'idée de qualifier le dépôt nécessaire de véritable contrat. Comme le notent certains auteurs, « *le caractère contractuel s'efface* »¹¹¹⁵ puisque le consentement ne serait pas tout à fait volontaire. Sans qu'il soit possible de caractériser le vice de violence¹¹¹⁶ – « *coacta voluntas, sed tamen voluntas* » – le consentement du *tradens* n'est ni libre ni véritablement éclairé, sa qualité est donc passablement altérée. Partant, l'idée suivant laquelle le dépôt nécessaire ne serait pas un contrat, mais plutôt un quasi-contrat est de nouveau mise en avant sous la plume d'une partie de la doctrine¹¹¹⁷. Certains y voient une application de la gestion d'affaires et préconisent d'appliquer au dépôt nécessaire les articles 1372 à 1375 du Code civil¹¹¹⁸. Pour autant, dans son acception actuelle, le

législatif en affirmant que « *ces paroles ne sont pas assez réfléchies. C'est une preuve de la réserve avec laquelle il faut accepter ces discours officiels, où la loi ne trouve pas toujours sa meilleure explication* », (n°205).

¹¹¹² V. déjà J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, op. cit., Liv. I, T. VII, sect. I, §2, le « *dépôt, quoi que nécessaire, est toujours une espèce de convention, expresse ou tacite, et (...) il oblige de même que les autres dépôts* ».

¹¹¹³ R. RODIÈRE, préc., p. 124.

¹¹¹⁴ V. *Supra*, n° 4 et 148.

¹¹¹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, op. cit., n°900.

¹¹¹⁶ En ce sens, V. par ex. A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°729 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°796.

¹¹¹⁷ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°33511 ; R. LIBCHABER, préc. ; Rappr. J.-M. JACQUET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1370 et 1371, fasc. unique, *Quasi-contrats, généralités*, n°89, qui affirme qu'« *il est artificiel de déduire une volonté de contracter, [et que le dépôt nécessaire] se présente plutôt comme une situation objective appelant un régime contractuel par analogie* ».

¹¹¹⁸ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°33511.

quasi-contrat se prête assez mal au dépôt nécessaire¹¹¹⁹. Dans les situations quasi-contractuelles il n'y a aucun accord de volontés, ainsi par exemple « *la gestion d'affaires ne se conçoit que si le maître ne manifeste pas sa volonté au moment de l'acte* »¹¹²⁰. Or dans l'hypothèse du dépôt nécessaire, la manifestation de volonté du déposant est indiscutable. Si la volonté est forcée, elle existe tout de même. Aussi, la seconde proposition, affirmant que le dépôt nécessaire « *tel qu'il avait été conçu par les rédacteurs du Code civil (...) faisait signe vers la notion de quasi-contrat, au sens romain du terme* »¹¹²¹ paraît-elle plus séduisante.

Systématisées en droit romain par JUSTINIEN¹¹²², les obligations naissant *quasi ex contractu*, étaient celles qui avaient pour trait commun « *d'être licites, mais non consenties* »¹¹²³. Ne pouvant être qualifiées ni de contrat, ni de délit¹¹²⁴, « *elles étaient des imitations, des figures variées de ces causes primitives* »¹¹²⁵ ayant leur source dans un fait. Les romains ne distinguant pas nettement entre les obligations supposant la volonté d'une partie et celles qui ne la suppose pas, les obligations naissant *quasi ex contractu* s'éloignaient donc des quasi-contrats du droit positif¹¹²⁶. Elles regroupaient ainsi des opérations naissant comme d'un contrat, mais ne s'y assimilant pas¹¹²⁷. Or le mécanisme du dépôt nécessaire se rapproche de l'obligation

¹¹¹⁹ Pour une dissociation globale des quasi-contrats et des remises détachées du contrat, V. *Infra*, n° 357 et s.

¹¹²⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°1039.

¹¹²¹ R. LIBCHABER, préc.

¹¹²² Inst. L. 3. Tit. 27, *De obligationibus quasi ex contractu*, « *post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur* » : « *après avoir énuméré les diverses espèces de contrats, voyons les obligations qui ne naissent pas véritablement d'un contrat, mais qui néanmoins, n'ayant pas leur origine dans un délit, sont réputées naître comme d'un contrat* ». Sont ainsi visées les obligations issues de la gestion d'affaires, de la tutelle, de l'indivision, le paiement de l'indu, les dettes des legs. En réalité l'expression "obligation *quasi ex contractu*" est découverte pour la première fois chez GAIUS, (L. 5, §1, 4, 5, 6), qui n'en fait pas une catégorie autonome en les rattachant directement au contrat.

¹¹²³ J. HONORAT, *Rôle des quasi-contrats en droit actuel*, RTD civ. 1969, p. 664.

¹¹²⁴ Le caractère licite exclut la qualification de délit, mais l'absence de consentement exclut d'y voir un contrat.

¹¹²⁵ J.-L.E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. II, op. cit., p. 301. L'auteur nuance sa démonstration en affirmant qu'« *il ne s'agit jamais que d'une figure bien imparfaite, puisque le trait commun et caractéristique de ces faits, c'est l'absence de consentement* ».

¹¹²⁶ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, op. cit., n°655.

¹¹²⁷ Pour certains, cette catégorie ne relevant ni du contrat, ni du quasi-contrat, pourrait être regroupée sous l'appellation de « *presque contrat* » (selon l'expression développée en droit administratif par A. MESTRE, note sous CE, 27 juin 1930, *Philippe*, et CE 16 janvier 1931, *Bonniol*, S. 1931, 3, p. 57). Pour autant, l'expression n'est pas satisfaisante. Comme il a pu être relevé, « *partout où ne se rencontre pas ce concours de volontés qui est de l'essence du contrat, il ne peut y avoir rien qui ressemble à un contrat. Aucune source d'obligation n'a une nature presque contractuelle, parce qu'il n'en est aucune qui présente quelque chose d'analogue* ».

naissant *quasi ex contractu* : sans être pleinement volontaire, la remise de la chose n'en est pas moins un acte licite générateur d'obligations pour celui qui la reçoit. Le législateur, par les articles 1949 et suivants du Code civil, lui greffe alors un régime contractuel. En conclusion, le dépôt nécessaire peut être analysé non comme un véritable contrat, mais comme une opération s'en rapprochant puisque ses effets sont assimilés à ceux du contrat. Il naît plus de la remise de la chose que d'un véritable accord des volontés : il n'y a pas encore de véritable de contrat, mais pour autant il y a plus qu'un fait. Le régime des quasi-contrats n'est dès lors pas applicable, mais le régime des contrats ne l'est pas non plus entièrement. L'article 1950 prévoit, en effet, que la preuve du dépôt nécessaire peut être rapportée par témoins même lorsqu'il a une valeur supérieure à 1500€¹¹²⁸. Cette disposition se comprend tout à fait : comment exiger un écrit pour un "contrat" conclu dans la précipitation et dans la peur de la destruction du bien¹¹²⁹ ? Justifié par une fin spécifique, le régime probatoire du dépôt nécessaire l'éloigne toutefois insidieusement de la catégorie des contrats. La remise de la chose apparaît donc dans une opération à la limite du contrat. Puisqu'elle emporte l'obligation pour l'*accipiens* de garder et de restituer la chose, elle emporte la création d'effets de droit. Néanmoins, il est des situations proches dans lesquelles l'absence totale de volonté exclut le rapprochement avec un mécanisme contractuel, la remise étant alors dépourvue de contenu obligationnel.

212 - Synthèse. Partant du trouble jeté sur la qualification du contrat de dépôt par l'article 1915 du Code civil, il peut être proposé de considérer que le dépôt nécessaire n'est pas un contrat. Rarement utilisé en jurisprudence cet acte ne présente, en effet, pas les caractéristiques nécessaires à la découverte d'une convention. L'échange des consentements, y est pour le moins douteux en raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles cette relation se noue. Partant, sans pouvoir être pleinement rattaché au quasi-contrat, le dépôt nécessaire se situe à la

à une entente volontaire entre le créancier et son débiteur ». M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, Rev. Crit. 1904, p. 226

¹¹²⁸ Il peut être noté une particularité historique du dépôt nécessaire sur ce point, bien qu'il ne soit pas visé par l'ordonnance de Moulins de 1566 prohibant la preuve testimoniale, l'article 3 du titre XX d'une ordonnance de 1667, accordait une dérogation en la matière, sur ce point, V. P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. VIII, *Des petits contrats*, T. I, Paris, Delamotte et fils, 1867, n°517, citant N. DANTY, *Traité de la preuve par témoins en matière civile*, Paris, De Nully, 1752, p. 12 et 69.

¹¹²⁹ Il est toutefois remarqué que l'application de la règle de l'impossibilité matérielle prévue par l'article 1348 du Code civil pourrait s'avérer tout aussi efficace, en ce sens V. par ex. A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°732, « le dépôt nécessaire n'est que celui qui est intervenu dans des circonstances rendant impossible la rédaction d'un écrit (...) en citant les exemples d'incendie, ruine, pillage, et naufrage (art. 1949) pour admettre alors la liberté de la preuve par tous moyens [art. 1950], le code ne fait qu'énoncer une application spéciale du principe général de l'article 1348 ».

frontière du fait et du contrat. Il constitue, en quelque sorte, une remise volontaire à laquelle le Code greffe plus ou moins artificiellement un régime contractuel, et, à ce titre, il semble avoir vocation à être qualifié de remise détachée du contrat.

§ 2. Une remise détachée du contrat dénuée de contenu obligationnel

213 - La nécessaire limitation des hypothèses visées. L'idée suivant laquelle une personne recevant une chose puisse ne pas être obligée d'en assurer la surveillance peut surprendre. Cela paraît d'ailleurs légitime : lorsqu'un conducteur fait stationner son véhicule dans un parking, le plus souvent moyennant une redevance, il espère que son bien fait l'objet d'un minimum de surveillance de la part du prestataire la recevant. La reconnaissance d'une remise détachée du contrat, excluant tout devoir de la part de ce dernier ne doit donc pas être généralisée mais limitée à des hypothèses spécifiques (A). Pour autant, la remise peut s'inscrire dans un cadre différent. La qualification de dépôt doit, par exemple, être écartée lorsque l'accord de volontés des parties fait défaut. Le schéma topique de la remise détachée du contrat se retrouve alors : la mise à disposition et la réception de la chose marquent l'acceptation de la remise mais aucun élément ne permet de démontrer une volonté de s'engager au-delà, puisqu'elle n'intervient qu'à titre de pure complaisance (B).

A. Absence de dépôt mais surveillance de la chose

214 - Le cadre de l'analyse : des remises tendant vers la caractérisation d'un contrat de dépôt. Dans certaines circonstances, si la remise de la chose paraît intervenir dans le but de former un contrat de dépôt, il n'est en rien dans la réalité juridique. Le *tradens* remet la chose mais l'*accipiens* ne manifestant guère sa volonté d'assumer la garde de la chose, la qualification de l'opération en contrat de dépôt est exclue. Un auteur propose de regrouper ces différentes situations sous l'appellation de « *gardiennage* »¹¹³⁰ en ce qu'elles « *impliquent une simple*

¹¹³⁰ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°33101.

obligation de surveillance, dont on admet qu'elle est de moindre intensité que l'obligation de garde proprement dite »¹¹³¹. En apparence dans ces situations, il n'y a pas véritablement de remise détachée du contrat. Au contraire, bien que la qualification de dépôt soit mise à l'écart, la remise semble s'inscrire dans un rapport contractuel. Souvent constatée dans les hypothèses de stationnement de véhicules, ces remises s'inscriraient dans le cadre des « *contrats innommés de stationnement payant* »¹¹³². Peuvent alors être rassemblés sous cette dénomination commune les contrats de parking¹¹³³ ou de mouillage¹¹³⁴.

215 - Une remise aux effets juridiques atténués, voire éludés.

L'exclusion de la qualification de dépôt se comprend parfaitement dans ces situations. En laissant la possibilité de stationner un véhicule dans un emplacement, *l'accipiens* ne manifeste pas expressément, ni même tacitement, sa volonté d'en assurer la garde. En elle-même, la remise de la chose ne saurait avoir vocation à emporter une telle obligation. Elle forme toutefois une relation contractuelle¹¹³⁵ et à ce titre, le prestataire est tenu d'une obligation de surveillance. Pour autant, la consécration d'une telle obligation n'est pas une règle absolue. Certains arrêts excluent non seulement l'existence d'un contrat de dépôt, mais également celle d'une quelconque obligation de surveillance. Ainsi, la Cour de cassation a pu écarter la qualification de contrat et, partant, l'existence d'une obligation de surveillance, dans l'hypothèse d'un stationnement de véhicule dans le parking d'un aéroport¹¹³⁶. Dans cette affaire, les juges relèvent que « *l'organisation du parc de voitures de l'aéroport (...) constituait une mesure de police (...)* » et accordent un droit d'occupation temporaire du domaine public à l'utilisateur. L'exclusion de la qualification de contrat de dépôt se conçoit aisément, l'exploitant du parc ne manifestant pas son consentement à la création d'une quelconque obligation de garde¹¹³⁷. Plus généralement c'est l'exclusion de tout contrat en la matière qui est frappante. Bien que le domaine d'application d'une telle solution puisse être particulièrement limité, il est possible de découvrir ici une

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² Ph. Le TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982, n°1816.

¹¹³³ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1977, Bull. civ. III, n°363.

¹¹³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 juillet 1980, Bull. civ. I, n°228, RTD civ. 1981, p. 405, obs. G. CORNU.

¹¹³⁵ Qui selon certains pourrait s'analyser en un contrat de location, en ce sens, G. CORNU, préc.

¹¹³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1981, Bull. civ. I, n°85 ; *Adde*, l'arrêt ayant fait l'objet du pourvoi, CA PARIS, 9 janvier 1980, D. 1981, p. 219, obs. H. FABRE.

¹¹³⁷ Rapp. Cass. civ. 2^e, 13 octobre 1965, Bull. civ. II, n°731, qui lie le transfert de la garde à la remise des clés du véhicule au gardien du parc.

véritable remise détachée du contrat¹¹³⁸ totalement dénuée d'effets juridiques. La remise de la chose a bien lieu, et paraît même "acceptée" par le prestataire. Il peut, en effet, être affirmé qu'il reçoit la chose au moins tacitement, malgré l'automatisation des barrières donnant accès au parc, en ne s'opposant pas au stationnement du véhicule¹¹³⁹. Or aucun effet de droit n'est attaché à la remise de la chose puisque l'*accipiens* n'est tenu d'aucune obligation de garde ni même de surveillance. Il apparaît dans cette hypothèse que l'octroi du droit d'occupation temporaire du domaine public n'est pas consenti à titre gratuit puisque l'utilisateur est tenu de payer une redevance. La remise détachée du contrat semble donc s'inscrire dans un rapport onéreux, sans pouvoir, par définition, être qualifiée de contrat. La contrepartie pécuniaire excluant toute idée philanthrope, ce type de remises doit donc être distinguée de celles n'intervenant qu'à titre de complaisance.

B. Absence de dépôt et acte de complaisance

216 - Une remise dans une simple relation de complaisance. Lorsqu'il est impossible de découvrir dans la volonté des parties l'intention de créer une obligation découlant de la remise et que, par ailleurs, celle-ci a lieu à titre purement gratuit, elle peut s'inscrire dans le cadre d'un simple acte de complaisance. Il n'est plus question ici de découvrir une quelconque obligation de surveillance accessoire à la charge de l'*accipiens*¹¹⁴⁰, faute de pouvoir découvrir le principal : dans ces hypothèses, la remise ne s'insère pas dans une relation contractuelle plus large. Est donc ici visée une remise totalement esseulée se rapprochant d'un contrat de dépôt autonome. D'emblée, il pourrait être reproché à une telle institution – la remise détachée du contrat à titre purement gratuit – de demeurer dans la sphère du non-droit. Or les conséquences pratiques d'une telle notion ne sont pas inexistantes : lorsque la chose remise est volée ou détruite, il n'est pas rare que le *tradens* cherche à engager la

¹¹³⁸ Comp., Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°860 note 3, qui jugent qu'il est « artificiel de nier l'existence d'un contrat lorsqu'il s'agit de l'occupation temporaire du domaine public » et que « l'usage d'un emplacement afin d'y faire stationner un véhicule » s'analyse comme un contrat de bail. Si une telle proposition est séduisante en ce qu'elle permet d'éviter le détour vers la qualification en contrat innommé, dans cette hypothèse, la qualification de bail paraît douteuse. Il est en effet fort peu probable que l'exploitant du parc de stationnement s'engage à assurer les différentes obligations caractéristiques du bailleur.

¹¹³⁹ *Contra*, H. FABRE, préc., spéc. p. 220, qui affirme que dans cette hypothèse il n'y a ni « acte de réception », ni « tradition réelle ».

¹¹⁴⁰ V. *Supra*, n° 214.

responsabilité contractuelle de l'accipiens, tentant, par là même, de démontrer l'existence d'un dépôt¹¹⁴¹.

Même analysé comme un contrat réel¹¹⁴², le dépôt ne saurait se former par la seule remise de la chose ; les volontés doivent en outre s'accorder pour conclure un tel contrat¹¹⁴³. Dès lors, lorsque l'échange des consentements fait défaut et malgré la remise, le dépôt n'existe pas ; la tradition, dépourvue de support juridique se trouvant alors à la frontière du droit et du non-droit. Il a ainsi pu être jugé que la remise d'un album par un peintre au préposé du bar d'un hôtel, afin qu'un amateur éventuel puisse en prendre connaissance, ne pouvait s'analyser que comme un acte de « *pure complaisance* »¹¹⁴⁴. La qualification du titre en exécution duquel intervient la remise – contrat ou acte de complaisance – découle nécessairement d'une analyse de la volonté des parties, laissée à l'interprétation des juges du fond en ce qu'elle touche à une question de pur fait¹¹⁴⁵. Cette position de la Cour de cassation suscite toutefois quelques réserves. Il s'agit bien de démontrer la rencontre des volontés en analysant les comportements des parties, néanmoins, la tâche dévolue aux juges du fond touche surtout à la reconnaissance ou non d'un contrat, c'est-à-dire une opération de qualification, ce qui est une question de droit. Comme le note un auteur, « *le tracé de la frontière du droit et du non-droit est une question de droit* »¹¹⁴⁶. Les conséquences de l'assimilation de la qualification de la situation créée par la remise sont importantes. Si les juges la qualifient de simple acte de complaisance, la responsabilité contractuelle de l'accipiens ne saurait être engagée en cas de perte ou de détérioration des biens déposés. Ce principe est issu de la nature même de la complaisance qui est « *commandée par deux éléments : le service d'autrui et la*

¹¹⁴¹ Il est ainsi possible de citer à titre d'exemple la remise par un invité d'un manteau à son hôte afin que celui-ci le range le temps d'une soirée. Puisqu'il y a bien mise à disposition de la chose et réception, la remise est caractérisée, or il n'est guère évident d'affirmer que le dépôt le soit également.

¹¹⁴² Sur la notion de contrat réel, V. *Supra*, n° 67 et s. ; Pour une analyse du dépôt comme un contrat consensuel, V. *Supra* n° 198 et s.

¹¹⁴³ V. par ex. une hypothèse dans laquelle malgré l'existence d'un accord de volontés entre les parties, celles-ci ne s'étaient pas accordées spécialement en vue de conclure un contrat de dépôt, CA Paris, 5 avril 1930, DH 1930, p. 338 ; Adde, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préface de J. MESTRE, PUAM 1992, n°473, si l'accord de volonté sur la remise de l'objet et la nécessité de rendre, est indéniable, « *il n'[est] pas suffisant pour entraîner la conclusion du dépôt* ».

¹¹⁴⁴ Cass. com. 25 septembre 1984, Bull. civ. IV, n°242 ; RTD civ. 1986, p. 143, obs. J. HUET ; Rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 1978, Bull. civ. I, n°126, qui traite d'une « *simple tolérance* » ; Adde, CA Paris, 14 janvier 1988, Gaz. Pal. 1988, 1, p. 269.

¹¹⁴⁵ V. par ex. Cass. com. 25 septembre 1984, préc. « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que les juges du fond ont retenu que la remise (...) avait été acceptée par pure complaisance* ».

¹¹⁴⁶ J. HUET, préc.

volonté de l'altruiste de ne pas s'engager juridiquement »¹¹⁴⁷. Il doit toutefois être remarqué qu'une telle remise détachée du contrat n'exclut pas l'application des règles de la responsabilité délictuelle¹¹⁴⁸.

217 - L'émergence d'indices permettant la mise en lumière d'une remise détachée du contrat. La tâche des magistrats n'est pas des plus aisée et nécessite une certaine immixtion dans la volonté des contractants. Cette étape paraît indispensable, la frontière entre le dépôt et la remise détachée du contrat au titre d'un acte de complaisance étant particulièrement ténue¹¹⁴⁹. Ainsi la seule gratuité de la prestation réalisée ne peut emporter la qualification de la relation. L'absence de contrepartie est certes de l'essence de l'acte de complaisance, mais l'est également en matière de dépôt¹¹⁵⁰. Partant, le défaut de prix ne saurait faire obstacle à la conclusion d'un dépôt¹¹⁵¹. C'est donc dans la « *volonté réelle et sérieuse* »¹¹⁵² ou plutôt dans l'« *absence de volonté effective* »¹¹⁵³, d'assumer une obligation de garde que les juges doivent rechercher la qualification. Une telle interprétation peut néanmoins être simplifiée lorsque l'*accipiens* – qui est alors le plus souvent un professionnel – laisse à la vue des remettants éventuels un affichage déclinant toute responsabilité en cas de perte ou de vol des objets "déposés"¹¹⁵⁴.

De la même façon, lorsque la remise litigieuse est acceptée par un professionnel, les juges peuvent analyser la nature de l'activité pour déterminer l'existence d'un dépôt, d'une obligation de surveillance accessoire, ou d'une remise

¹¹⁴⁷ A. VIANDIER, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987, n°16

¹¹⁴⁸ En ce sens, V. E.-H. PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la Cour de cassation*, RTD civ. 1914, p. 481 et s., spéc. p. 500 et s.; Rapp. P. JOURDAIN, RTD civ. 1994, p. 864 ; Sur ce point V. *Infra* n° 362 et s.

¹¹⁴⁹ V. A. VIANDIER, *préc.*, spéc. n°6.

¹¹⁵⁰ Art. 1917 C. civ., « *le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit* ».

¹¹⁵¹ V. par ex. CA Dijon, 18 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-370187.

¹¹⁵² M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, Paris, LGDJ, 1930, n°99.

¹¹⁵³ A. LAUDE, *op. cit.*, n°473, l'auteur poursuit en affirmant que « *c'est parce que la complaisance exprime seulement le désir de rendre service qu'elle écarte toute conscience d'exprimer une volonté effective qui pourrait seule être créatrice d'un lien de droit* ». Tentant de tracer la frontière entre le contractuel et la complaisance, l'auteur remarque que le temps est susceptible d'être pris en compte en la matière en ce qu'il « *permet de cristalliser les relations, c'est-à-dire de leur imprimer un caractère contractuel d'où découle pour les partenaires une certaine sécurité* » (n°541), néanmoins appliqué à la remise détachée du contrat un tel élément semble difficile à caractériser. C'est d'ailleurs toute la spécificité de la matière : par définition il ne peut s'agir d'une activité répétée ou habituelle ; *Adde*, A. VIANDIER, *préc.*, n°29, « *le refus de s'engager demeure peu fréquent et on a plus souvent l'occasion de constater un refus implicite procédant de la nature des choses* ».

¹¹⁵⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, Bull. civ. I, n°57, RTD civ. 1988, p. 522, obs. J. MESTRE.

détachée du contrat à titre de complaisance. Ainsi, si la réception des biens présente un véritable caractère accessoire à l'activité principale – tel le cas de la possibilité de laisser un vêtement dans le vestiaire d'un restaurant – il est possible d'exclure la remise détachée du contrat. Dans cette hypothèse la réception du bien se rattache directement à l'activité principale et peut traduire l'existence d'une obligation de surveillance accessoire. Au contraire, si la réception du bien dépasse totalement le cadre de l'activité – tel est par exemple le cas de la remise des tableaux au préposé du bar afin que ce dernier puisse les montrer à d'éventuels intéressés¹¹⁵⁵ – il est possible de caractériser un simple acte de complaisance et donc une remise détachée du contrat.

218 - Synthèse. La qualification de remise détachée du contrat, semble, malgré l'attraction des qualifications de contrat de dépôt ou d'obligation de surveillance, présenter une véritable effectivité. Qu'il s'agisse de situations dans lesquelles les parties ont plus ou moins explicitement marqué leur volonté de ne pas conclure un contrat – notamment dans l'hypothèse d'une simple relation de complaisance – ou de celles dans lesquelles la loi exclut le recours au contrat, la remise détachée du contrat présente une véritable vertu explicative. Retenir une telle qualification permet en effet d'expliquer de façon claire, la mise à l'écart des règles contractuelles.

219 - Conclusion de section : l'existence avérée des remises détachées du contrat. Situées à la lisière de l'accord de volontés, les remises détachées du contrat peinent à être qualifiées de façon unitaire dans les catégories traditionnelles. Trois types peuvent être dégagés. Tout d'abord, la remise détachée du contrat relevant d'une situation dont les effets sont assimilés à ceux du contrat, découverte par l'étude du dépôt nécessaire. Dans cette hypothèse, faute de véritable *animus contrahendi*, le contrat ne peut être caractérisé, néanmoins la production d'effets de droit y est indéniable. Ensuite, peuvent être systématisées les remises détachées du contrat ne produisant guère de véritables effets de droit. Celles-ci se divisent alors en deux catégories. Les premières, qui paraissent relativement marginales, interviennent lorsque la loi elle-même exclut l'existence d'un contrat ; les secondes, suscitant plus de contentieux, prennent les traits de simples actes de complaisance. Ces remises ont pour particularité de ne faire naître aucune obligation à la charge de l'*accipiens*¹¹⁵⁶. Il

¹¹⁵⁵ Cass. com. 25 septembre 1984, préc. Il apparaît, en effet, que si recevoir les manteaux de la clientèle est une activité naturelle d'un restaurant, au contraire recevoir des tableaux pour les présenter aux acheteurs potentiels est une activité bien plus marginale !

¹¹⁵⁶ Comp. M.-S. GIRAUDET, *Le service d'ami en droit civil français*, thèse, Paris, 1990, p. 284, qui considère qu'en matière de garde pour une courte durée – le temps d'un repas par exemple

ne pourrait, dès lors, lui être reproché la moindre défaillance dans l'exercice de la garde ou de la surveillance à laquelle il semblait pourtant s'être soumis.

Si c'est donc aux frontières du contrat de dépôt que peut être dégagé le modèle des remises détachées du contrat, leur champ d'application dépasse les seules situations où la remise de la chose n'intervient qu'afin d'en assurer la surveillance.

– d'un animal par un ami du propriétaire, « *cette garde consiste simplement en une surveillance accidentelle* ».

Section II Remises détachées du contrat et usage de la chose

220 - Des remises détachées du contrat autorisant l'usage de la chose.

Le modèle d'une remise de la chose consentie hors du cadre contractuel semble parfaitement pouvoir être appliqué à des remises permettant l'usage de la chose. Dans de nombreux cas, en effet, un *tradens* peut autoriser un *accipiens* à se servir d'une chose sans toutefois avoir la volonté de conclure une convention, la remise intervenant alors au titre d'une simple tolérance. Tel est par exemple le cas lorsqu'un propriétaire laisse l'un de ses proches occuper un immeuble, à titre gracieux, et cela malgré l'échec des négociations ayant eu pour objet de formaliser la relation et donc sans qu'aucun contrat n'ait jamais été conclu¹¹⁵⁷. Il en est de même lorsqu'une personne désirant vendre l'un de ses biens propose à un acheteur potentiel de l'essayer ou de le goûter, comme c'est notamment le cas dans les hypothèses de tests commerciaux. Dans cette hypothèse, si les parties s'accordent sur le principe de la remise, il n'est pas évident qu'elles s'accordent sur la conclusion d'un contrat. Ces situations ayant pour trait commun le défaut d'*animus contrahendi*, la remise intervient sans contrat. C'est donc autour de deux principales catégories que semblent s'ordonner les remises détachées du contrat autorisant l'usage de la chose. Parfois la remise intervient dans le cadre d'un précaire, l'usage étant le seul objectif de la relation (§1). Parfois elle s'insère dans une opération plus large, l'utilisation de la chose n'étant plus qu'un moyen déployé par le *tradens* pour parvenir à une fin : la vente du bien en question (§2).

¹¹⁵⁷ CA Nîmes, 17 mars 2009, Jurisdata n°2009-003810, en l'espèce la proposition de conclure un prêt à usage avait été rejetée par la bénéficiaire.

§ 1. L'assimilation du précaire à une remise détachée du contrat

221 - Le désintérêt suscité par le précaire. Traditionnellement présenté comme un contrat proche du prêt à usage, le précaire n'est que peu étudié¹¹⁵⁸ et ne fait pas l'objet d'un contentieux particulièrement nourri. La désaffection pour cette institution peut s'expliquer de différentes façons. Il est ainsi classiquement soutenu qu'il ne présente aucune spécificité vis-à-vis du commodat, et que, par conséquent, il s'y rattache (A). L'affirmation paraît néanmoins hâtive, certaines distinctions pouvant être découvertes. Aussi, une explication alternative est-elle envisageable : le précaire ne serait pas étudié dans le cadre des contrats spéciaux car il ne serait pas un contrat. Si cette hypothèse de départ est avérée, le précaire pourrait être qualifié de remise détachée du contrat (B).

A. L'autonomie discutée du précaire

222 - L'apparente confusion entre précaire et prêt à usage. Les origines du précaire remontent au droit romain qui y voyait un contrat innommé¹¹⁵⁹. Il pouvait alors être présenté comme « *la concession gratuite de l'usage d'une chose, faite sur la prière du bénéficiaire et essentiellement révocable au gré du concédant* »¹¹⁶⁰. Il est

¹¹⁵⁸ V. toutefois, P.-Y. GAUTIER, *Du contrat de précaire sur les images de cinéma*, D. 1989, chron. p. 113 et s. ; P. PUIG, *Prêt à usage et précaire : y a-t-il lieu de distinguer ?*, RDC 2007, p. 403 et s.

¹¹⁵⁹ V. par ex. D. 43, 26, *De prec.*, 2, 2 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 634 ; C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre De praescriptis verbis au Digeste*, Paris, Cotillon et fils, 2^e éd., 1873, 4^e conférence, p. 59, l'auteur note néanmoins que le précaire « *n'a pas toujours été un contrat [mais] qu'il l'est devenu* ». Cette assertion se justifie par le fait qu'avant Justinien, le précaire était sanctionné par l'interdit de *precario*, « *donné à l'auteur d'une concession révocable ad nutum, qui n'était pas anciennement génératrice d'une obligation de restitution* », P.-F. GIRARD, op. cit., p. 303 ; Adde P. PUIG, préc.

¹¹⁶⁰ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Plon, LGDJ, 2^e éd., 1928, p. 504 ; Rapp. R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. V, op. cit., n°86, qui définit le précaire comme « *une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous servir tant que je voudrai bien le permettre, et à la charge de me la rendre à ma réquisition* » ; D. 43, 26, 1, « *precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur* » : « *le précaire est ce dont on accorde l'usage aux prières de celui qui le demande, pendant le temps pour lequel on consentira à le lui laisser* ».

néanmoins tombé en désuétude et n'apparaît pas dans le Code civil¹¹⁶¹. Si cette convention se rapprochait, à l'origine, du prêt à usage¹¹⁶², elle ne s'y assimilait pourtant pas, la distinction principale tenant au temps de la restitution. À suivre la lettre du Code, « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* »¹¹⁶³. Le précaire trouve alors ici une certaine spécificité, le *tradens* pouvant récupérer son bien dès qu'il le demande¹¹⁶⁴. Néanmoins, les évolutions jurisprudentielles en matière de restitution tendent vers la confusion des deux notions et comme le note un auteur, « *la distinction entre les deux conventions a singulièrement perdu de sa valeur* »¹¹⁶⁵. Depuis l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 3 février 2004¹¹⁶⁶, si aucun terme n'a été prévu par les parties et qu'« *aucun terme naturel [n'est] prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable* ».

223 - Premiers éléments de distinction. Analysée en contemplation de la jurisprudence, la seule véritable distinction entre précaire et prêt à usage résiderait dans l'absence d'une exigence de préavis dans le premier¹¹⁶⁷. Cela se confirme par le

¹¹⁶¹ Il est intéressant de noter ici qu'au haut Moyen-âge, *la précaire* (nous soulignons) n'avait plus rien à voir avec le modèle romain. Sur ce point V. L. FELLER, *Précaires et livelli, les transferts patrimoniaux ad tempus en Italie*, in *Mélanges de l'École française de Rome* T. 111, n°2, 1999, p. 725 et s. Elle constitue alors un acte unilatéral permettant « *des transferts de biens fonciers à titre provisoire et onéreux pour des durées variables, souvent longues : 5 ans, 10 ans, 29 ans ou, selon les cas, trois, cinq voire sept générations* » (p. 725), les obligations principales du concessionnaire sont de « *mettre en valeur le fonds, de l'améliorer et de verser des redevances* » (p. 728).

¹¹⁶² R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°87, précisait d'ailleurs que le précaire « *tient beaucoup du prêt à usage* ».

¹¹⁶³ C. civ. art. 1888.

¹¹⁶⁴ Deux autres distinctions entre précaire et prêt à usage peuvent être dégagées. La première est relevée par J. DOMAT, *Les loix civiles, op. cit.*, L. I, tit. V, sect. I, n°13, qui précise que « *le précaire finit par la mort de celui qui a prêté, et non le prêt à usage. Car le précaire ne dure qu'autant que veut celui qui a prêté, et sa volonté cesse par sa mort. Mais dans le prêt à usage, celui qui prête a voulu laisser la chose pendant le temps de l'usage accordé* ». La seconde se trouve chez R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°87, qui distinguant le commodat et le précaire précise que dans le premier la chose est remise pour un usage déterminé, alors que dans le second, celui qui la reçoit peut « *s'en servir indistinctement* ». Le propos est toutefois nuancé plus loin. L'auteur précise en effet que le précariste ne peut « *se servir de la chose qu'à des usages auxquels elle est propre et destinée* » (n°91).

¹¹⁶⁵ P. PUIG, préc.

¹¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, Bull. civ. I, n°34 ; D. 2004, p. 903, note C. NOBLOT ; JCP éd. E. 2004, p. 914 ; RTD civ. 2004, p. 312, note P.-Y. GAUTIER, sur l'évolution en la matière, V. *Supra* n° 84 ; Adde, Ph. BIHR, *Le temps de la restitution dans le prêt à usage*, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p.33 et s.

¹¹⁶⁷ En ce sens, J. HUET, *op. cit.*, n°22157 ; Adde, C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. VI, 7^e éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BÂTIE, librairies techniques, 1975, §391, p.163 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *De la société, du prêt, du dépôt*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898,

fait que lorsque le *tradens* souhaite mettre fin au précaire, il n'a pas à invoquer la résiliation, faculté générale reconnue dans l'ensemble des contrats à durée indéterminée, mais au contraire, la faculté spéciale de révocation inhérente à cette opération. C'est donc la révocabilité *ad nutum* et sans préavis qui traduirait la fragilité du précaire ainsi que son autonomie par rapport au prêt à usage¹¹⁶⁸. Cette proposition ne suscite néanmoins pas l'adhésion de l'ensemble de la doctrine. Un auteur estime, en effet, que puisque la Cour de cassation contrôle l'abus dans l'exercice de la résiliation unilatérale¹¹⁶⁹ et que « *le respect du préavis tend à devenir une règle de portée générale* »¹¹⁷⁰, le précaire serait également soumis à ce préavis. Partant, précaire et prêt à usage ne devraient pas être distingués : le premier n'étant « *qu'un prêt à usage modifié, dans lequel les parties ont dérogé à la règle de l'article 1888 sur la durée du prêt* »¹¹⁷¹. Cette théorie est toutefois étonnante en ce qu'elle semble négliger l'économie générale du précaire. En "concluant" un précaire et non un prêt à usage, les parties manifestent leur volonté de se soustraire au régime du second, y compris aux règles du préavis. Puisqu'il est de son essence d'être révocable selon le désir du *tradens*¹¹⁷², pourquoi soumettre ce dernier à l'exigence d'un préavis ? La proximité entretenue entre précaire et convention d'occupation précaire est, à ce sujet, éloquente. Il apparaît incontestable que la rupture de la convention d'occupation précaire¹¹⁷³ n'est pas subordonnée au respect par le concédant d'un préavis, alors

n°682 et s., l'auteur estime qu'au-delà de la faculté de révocation *ad nutum* le précaire diffère du commodat en ce qu'il confère « *la possession juridique de la chose et cela même si le contrat ne lui donne formellement que la détention* », n°684. Cette précision qui n'est guère développée par l'auteur surprend à première vue. Elle s'explique néanmoins par le fait que BAUDRY-LACANTINERIE semble se référer non au précaire issu du droit romain, mais plutôt à la précaire du Haut Moyen Âge, marquée pour sa part par la stabilité.

¹¹⁶⁸ Contra, M. GARNIER, *Le prêt à usage*, op. cit., n°21, qui considère que « *faire une distinction entre le prêt à usage et le précaire semble relever d'un esprit tatillon, si l'on veut bien considérer que l'article 1888 du Code civil, par la souplesse de ses termes, ne permet pas d'exclure de ses prévisions l'hypothèse d'un prêt avec faculté de révocation ad nutum* » ; P. PUIG, préc.

¹¹⁶⁹ V. par ex. Cass. com. 8 avril 1986, Bull. civ. IV, n°58 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 février 2006, Bull. civ. I, n°82, « *si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre* », RTD civ. 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP éd. E. 2007, 1348, n° 5, obs. D. MAINGUY ; Adde, Ch. LASSALAS, *Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles*, Dr. et pat., juillet – août 1997, p. 66 et s. ; C. CHABAS, *Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit*, JCP 2009, II, 10052.

¹¹⁷⁰ P. PUIG, préc.

¹¹⁷¹ L.-V. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, Pedone Lauriel, 1892, n°21.

¹¹⁷² R.-J. POTHIER, op. cit., n°89, « *celui qui a accordé précairement l'usage d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée ; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quand il lui plaira* ».

¹¹⁷³ Sur ce point, V. *Supra*, n° 194.

même que cette convention peut être conclue à titre onéreux. Le précaire, quant à lui, est toujours gratuit ; le *tradens* ne retire donc aucun avantage direct de l'opération, contrairement au concédant, qui peut compter sur une redevance¹¹⁷⁴. Dès lors, il serait pour le moins surprenant de contraindre le premier au respect d'un préavis – donc d'alourdir ses obligations – et d'en dispenser le second. Le régime particulier attribué en droit positif au précaire marque donc son autonomie qui paraît, d'ailleurs, confirmée par le fait que cette opération, se situant à la frontière du contrat, bascule dans la catégorie des remises détachées du contrat.

B. La spécificité démontrée, une remise détachée du contrat incluant l'usage de la chose

224 - Le précaire marqué par l'absence de contenu obligationnel : l'exclusion de la qualification de contrat. La condition *sine qua non* de la qualification d'un accord de volontés en contrat est la découverte d'un contenu obligationnel. Or dans le précaire il n'est guère évident de déceler une quelconque obligation à la charge des parties. Tout d'abord, l'éventuelle caractérisation d'une obligation à la charge du *tradens* suscite peu de problèmes. Un raisonnement par analogie avec les contrats proches du précaire permet, en effet, d'en exclure l'existence. Sa proximité avec la convention d'occupation précaire permet de mettre en lumière l'inexistence d'une quelconque obligation de mise à disposition exigible tout au long du rapport¹¹⁷⁵. Il n'est pas de la nature de ce type de rapport d'assurer une véritable qualité à la jouissance de la chose par l'*accipiens* : la révocabilité *ad nutum* en atteste. Par ailleurs, comme le note un auteur comparant le précaire et le prêt à usage en fonction de leur caractère obligationnel respectif, l'obligation de mise à disposition du prêteur¹¹⁷⁶ ne saurait être transposée au précariste : « *si au lieu d'un tel prêt, les parties avaient conclu le contrat de précaire (...), il n'y aurait plus à s'occuper de cette obligation négative que constate l'article 1888, puisque le caractère propre de ce contrat est dans la réserve faite par le prêteur de rentrer en possession de sa chose quand il lui convient de la redemander* »¹¹⁷⁷. L'exclusion de l'obligation de

¹¹⁷⁴ Souvent minime mais existante.

¹¹⁷⁵ Sur la qualification de l'obligation du concédant dans une convention d'occupation précaire, V. *Supra*, n° 195.

¹¹⁷⁶ V. *Supra*, n° 186 et s.

¹¹⁷⁷ P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. VIII, Paris, Delamotte, 1867, n°115.

mise à disposition peut enfin être expliquée d'une manière alternative. Quoiqu'aujourd'hui plus discutable, notamment en raison de l'absence de base textuelle, l'une des distinctions entre le précaire et le prêt à usage parfois relevée par les auteurs tient dans la détermination de l'usage de la chose laissé au bénéficiaire. Il semble ainsi que si dans le commodat l'usage de la chose doit être déterminé par les parties¹¹⁷⁸, il en va différemment dans le précaire puisque « *celui qui reçoit une chose précairement, la reçoit pour s'en servir indistinctement* »¹¹⁷⁹. Aussi, le *tradens* ne saurait-il être reconnu débiteur d'une obligation visant à garantir un usage qu'il ne connaît pas nécessairement.

Le même type de démonstration peut être mené pour nier l'existence, en la matière, d'une obligation de mise à disposition limitée à la seule remise de la chose. Il convient ici de se référer au contrat avec lequel le précaire a les plus grandes affinités : le commodat. Ce dernier est traditionnellement considéré comme un contrat réel¹¹⁸⁰, la remise de la chose n'étant pas une obligation mais une condition de formation du contrat. Partant, il n'apparaîtrait guère adapté de considérer que le précaire se forme par le seul échange des consentements. Seule la mise à disposition de la chose, suivie de la prise de possession sont de nature à parfaire l'opération¹¹⁸¹. Il est donc permis de constater que dans le précaire, le *tradens* n'est assujéti à aucune obligation. À elle seule, cette analyse n'est pas encore de nature à remettre en cause la qualification de contrat pour le précaire ; le bénéficiaire demeurant, pour sa part, débiteur de l'obligation de restitution. Il a néanmoins été proposé par ailleurs d'externaliser la restitution par rapport au contrat, celle-ci n'étant pas « *substantiellement voulue par les parties* »¹¹⁸². Une telle obligation ne serait pas une véritable obligation contractuelle, mais une manifestation de la prédisposition de la chose à retourner vers son propriétaire. La proposition se vérifie d'ailleurs en présence d'un acte de complaisance. Bien que la qualification de contrat soit exclue en la matière, l'*accipiens* d'une telle remise détachée du contrat est tenu d'une obligation de restitution.

¹¹⁷⁸ Art. 1880 C. civ., l'emprunteur ne peut se servir de la chose « *qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention* ».

¹¹⁷⁹ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°87.

¹¹⁸⁰ V. *Supra*, n° 68.

¹¹⁸¹ En ce sens, V. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXVIII, par J.-B. DUVERGIER, Paris, Jules Renouard, 1843, n°122.

¹¹⁸² R. LIBCHABER, *Pour les contrats réels, quand même !*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2001, Defrénois 2002, n°4, p. 259. Sur l'idée suivant laquelle restitution et contrat doivent être dissociés, V. *Supra*, n° 92.

En conclusion, il apparaît que le précaire n'engendre aucune obligation à la charge des parties. Dépourvu de contenu obligationnel, le précaire ne saurait donc être qualifié de contrat.

225 - Le précaire qualifié de remise détachée du contrat : l'exclusion de la qualification de convention. Le refus de l'assimilation du précaire à un contrat n'est pas, en soi, une nouveauté. Certains auteurs, partant du fait qu'en droit romain le précaire n'était pas un contrat nommé et que celui ayant accordé précairement l'usage n'avait pour se faire remettre en possession qu'un remède prétorien, ont déjà pu affirmer qu'« *il n'était pas en tout contrat ni quasi-contrat* »¹¹⁸³. L'argument ne convainc toutefois pas particulièrement. Si le droit romain accordait l'action *praescriptis verbis* au pacte de *precario*, il le reconnaissait mécaniquement comme un contrat innommé¹¹⁸⁴. Seul le constat de l'absence d'obligation à la charge des parties est alors de nature à exclure la qualification de contrat. Bien que dépourvu de contenu obligationnel le précaire pourrait alors être qualifié de convention. Néanmoins, il n'est pas évident de présumer une véritable volonté de la part des parties de créer des effets de droit. Au contraire, la totale précarité du rapport entre le remettant et l'acceptant, matérialisée par la faculté du premier de révoquer à tout moment et sans préavis, atteste de l'absence d'effets de droit¹¹⁸⁵. Les parties en convenant d'un précaire manifestent donc leur volonté de ne soumettre leur rapport à aucune règle juridique et de n'en créer aucune.

Cette constatation semble être de nature à rapprocher le précaire de la situation purement factuelle, relevant de la remise détachée du contrat. Il s'agirait donc d'« *une espèce de prêt sans terme ; une sorte de tolérance de la part du prêteur qui laisse momentanément l'usage de sa chose à un autre, mais avec la pensée de la reprendre à sa volonté ; un état de fait plutôt que de droit* »¹¹⁸⁶. L'idée suivant laquelle le précaire relèverait plus de la simple complaisance que d'un véritable

¹¹⁸³ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°88 ; P. PONT, *op. cit.*, n°51.

¹¹⁸⁴ C. ACCARIAS, *op. cit.*, p. 59, « *que dans le principe cette qualification [de commodat] ne convînt pas au précaire, nul doute : mais précisément le jour où l'on accorda au concédant l'action praescriptis verbis, c'est qu'on ne voyait plus aucune différence à faire entre l'exécution du pacte de precario et l'exécution de tout autre pacte synallagmatique. Le précaire rentre donc dans la condition de tous les contrats innommés* ».

¹¹⁸⁵ En droit romain, il semble même que l'hypothèse d'une mise à l'écart de la révocation *ad nutum* était proscrite en matière de précaire. V. par ex. D. 43, 26, 12, « *cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat* » : « *s'il a été convenu qu'une chose donnée à titre de précaire, serait rendue aux calendes de juillet, ne peut-on pas exciper de cette convention pour retenir la chose jusqu'à ce terme ? Non, car cette convention n'autorise pas à retenir la chose d'autrui malgré lui* ».

¹¹⁸⁶ P. PONT, *op. et loc. cit.*

mécanisme contractuel ne semble pas laisser la jurisprudence insensible. Dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 3 mai 2006¹¹⁸⁷, il est possible de percevoir une inclination des juges au rattachement du précaire à la remise détachée du contrat. Les Hauts magistrats censurent ici un arrêt d'appel, qui avait caractérisé l'existence d'un prêt à usage, en affirmant, au visa de l'article 455 du Code de procédure civile, que les premiers juges n'avaient pas répondu « *aux conclusions selon lesquelles le prêteur soutenait qu'il n'avait jamais eu l'intention de consentir [au bénéficiaire] un prêt à usage portant sur son appartement mais qu'il avait seulement toléré sa présence dans ce dernier et que par suite l'occupation était précaire* ». Si la Cour casse l'arrêt en raison d'un vice de procédure, elle opère néanmoins la distinction entre le prêt à usage et le précaire, et par là même, n'apparaît pas hostile à l'assimilation du second à un simple acte de complaisance. Ainsi, le précaire, sorte de faveur accordée à l'*accipiens*, ne peut être qualifié de contrat, ni même de convention. Il se rattache alors à la catégorie des remises détachées du contrat issues de la complaisance du *tradens*. Si l'*accipiens* a la possibilité d'user de la chose, contrairement aux hypothèses de remises détachées du contrat confinant au dépôt, il ne bénéficie d'aucun droit de créance à l'encontre du *tradens* et ne saurait par conséquent prétendre à un quelconque droit au maintien en jouissance.

226 - Synthèse. Souvent rapproché du prêt à usage, le précaire s'en distingue pourtant. Comme en atteste la totale révocabilité *ad nutum*, le précaire, contrairement à l'emprunteur, ne bénéficie d'aucun droit au maintien de la chose entre ses mains. De façon plus marquante encore, la mise à disposition de la chose par le *tradens* ne pouvant être considérée comme une obligation mais plutôt comme la condition *sine qua non* de la formation de l'opération, le précaire ne saurait alors être analysé comme un contrat. Totalement dépourvu de contenu obligationnel, cette remise isolée se distingue donc du commodat, et se rattache à la catégorie des remises détachées du contrat. En ce sens, le précaire se rapproche de certaines situations d'essai pouvant également être analysées de la sorte.

¹¹⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, inédit, pourvoi n°05-16966, RDC 2007, p. 403, obs. P. PUIG ; *Adde*, CA Paris, 27 mars 2001, D. 2002, p. 1719.

§ 2. L'intérêt de la remise détachée du contrat dans la qualification des essais

227 - Essai proprement dit et situations voisines. L'idée suivant laquelle l'essai peut être assimilé à une remise détachée du contrat prend sa source dans un constat : la difficulté du droit français à le qualifier. Le terme lui-même est en partie polysémique. Dans un sens strict, l'essai renvoie à la faculté octroyée à un acheteur potentiel d'éprouver temporairement les qualités purement objectives d'une chose qu'il compte acquérir ; cette opération s'inscrivant dans le cadre de la vente à l'essai. Dans un sens plus large ensuite, le terme peut être employé de façon générique et renvoyer à de multiples techniques permettant à un futur acquéreur de tester l'ensemble des qualités des marchandises désirées. Le terme est alors utilisé notamment en matière de vente à la dégustation ou sur échantillon. Puisque la notion recouvre différentes réalités, une analyse globale paraît impossible. S'il est envisageable de conférer une certaine unité aux essais entendus largement par le recours à la notion de remise détachée du contrat (B), l'essai dans la vente à l'essai, malgré sa difficile appréhension, semble marquer les limites de ce type de remise (A).

A. La limite de la remise détachée du contrat : l'essai dans la vente à l'essai

228 - L'impossible qualification de l'essai dans la vente à l'essai ? La vente à l'essai est une « *vente dont la conclusion définitive est subordonnée à la condition qu'après un usage par l'acquéreur éventuel, la chose sera reconnue apte au service auquel elle est destinée* »¹¹⁸⁸. Si l'article 1588 du Code civil dispose que « *la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* », la qualification juridique de l'essai n'est pas sans susciter quelques hésitations¹¹⁸⁹. Le

¹¹⁸⁸ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° *Essai*.

¹¹⁸⁹ Les prémices de la reconstruction de la théorie de l'essai sont dus à R. DEMOGUE, *Des contrats provisoires*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, LGDJ, 1938, p. 159 et s., spéc. p. 162, qui décrit le contrat provisoire comme celui « *où les parties ou du moins l'une d'entre elles, pour mieux se rendre compte des avantages et des inconvénients d'un contrat, l'exécutent pendant un certain temps, après quoi il sera décidé si la convention doit être transformée en un contrat définitif, ou s'il convient d'en rester là* ». L'hypothèse du contrat provisoire n'est toutefois pas applicable en matière de vente à l'essai, seuls les contrats à

principal intérêt de la qualification de la condition tient au moment du transfert de la propriété et des risques. Si l'essai s'analyse comme une condition suspensive, le vendeur demeure propriétaire du bien et est, à ce titre, tenu des risques de la chose. S'il s'analyse en une condition résolutoire, au contraire, l'acheteur est propriétaire dès la conclusion du contrat. Tout d'abord, ce texte n'étant pas d'ordre public et ne posant qu'une présomption simple, les parties pourraient stipuler que l'essai ne s'analyse pas en une condition suspensive mais plutôt comme une condition résolutoire¹¹⁹⁰. Dans cette hypothèse, la vente serait alors considérée comme parfaite mais conclue à la condition que l'essai soit positif. Une telle condition ne saurait être entachée de potestativité puisque l'article 1174 ne vise que les obligations contractées « *sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* », c'est-à-dire le vendeur dans la vente à l'essai¹¹⁹¹. La présentation traditionnelle de l'essai par le recours à la théorie des conditions a cependant été critiquée par un auteur affirmant qu'il est inutile « *de l'utiliser dans des situations où le sort du contrat dépend d'un acte de volonté de l'une des parties* »¹¹⁹². Il s'appuie notamment sur le fait que le recours à la condition ne permet pas d'expliquer la faculté d'usage accordée à l'acheteur¹¹⁹³ et sur l'inadaptation

exécution successive étant visés par l'auteur, pour qui, d'ailleurs, ce contrat est bien conclu sous condition suspensive (*Ibid*).

¹¹⁹⁰ Telle était la conviction de R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. III, *op. cit.*, n°264, qui voyait toujours dans l'essai une condition résolutoire. Son analyse, basée sur D. 18. 1. 3. (« *Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione* » : « *si une vente est faite sous la clause que, si la chose ne plaît point, la vente sera nulle, il est certain que la vente n'est pas conditionnelle, mais que la vente est résolue sous cette condition* »), n'est toutefois que parcellaire. Certains textes semblent montrer que les juristes romains admettaient parfois l'assimilation de l'essai à une condition suspensive (V. par ex. Inst. L. III, T. XXIII, §4 : « *emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest ; sub condicione veluti : si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot* » : « *la vente peut être faite, tant sous condition que purement et simplement ; sous condition, par exemple : si dans tel délai tu agrées Stichus, il te sera vendu tant d'écus d'or* ») ; Sur cette controverse Adde, voyant toujours une condition résolutoire, R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente*, T. I, *op. cit.*, n°105 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2004, n°2514 ; A. BÉNABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°104.

¹¹⁹¹ La potestativité peut également être écartée par le fait que la réussite de l'essai doit se baser sur des éléments objectifs et non le simple goût de l'acheteur. V. toutefois, W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, RTD civ. 2007, 701 et s., spéc. n. 52, qui juge que cette explication n'est « *qu'à demi convaincante* ».

¹¹⁹² L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, thèse, Rennes, 1972, n°171.

¹¹⁹³ L. LORVELLEC, *op. cit.*, n°173, « *« l'analyse de la vente à l'essai en une convention conclue sous la condition de l'agrément du bien ne peut expliquer pourquoi l'acheteur bénéficie avant que la condition ne se réalise d'un droit d'usage sur la chose. Le droit de propriété ne peut être invoqué, puisque son transfert à l'acheteur est par définition suspendu à l'avènement de la condition. Les seuls droits que l'on puisse reconnaître à l'acheteur sont ceux que le droit accorde au créancier pendente conditione c'est-à-dire des prérogatives de nature conservatoire, permettant de défendre le germe de créance que le contrat soumis à condition fait naître. Mais il ne peut en aucune façon s'agir de prérogatives actives, permettant une utilisation du bien ».*

des effets de la rétroactivité inhérente à la condition résolutoire, à la nature même de l'essai¹¹⁹⁴.

Partant de la critique du rattachement traditionnel de l'essai à une condition, certains auteurs ont pu proposer de l'analyser en une promesse unilatérale de vente¹¹⁹⁵. Cette assimilation de l'essai n'empêche toutefois pas la conviction. Les caractères spécifiques de la promesse, et notamment le droit d'option naissant au bénéfice de l'acheteur potentiel ne semblent guère adaptés en la matière. Il apparaît, en effet, que si le bénéficiaire de la promesse est libre de lever l'option, la liberté n'est pas tout à fait reconnue lorsqu'un essai est en cause, notamment « *lorsque la qualité testée est mesurable et objective* »¹¹⁹⁶. Le refus de conclure le contrat définitif ne peut être purement subjectif, mais doit, au contraire, être fondé sur des éléments objectifs¹¹⁹⁷. De façon plus marquante encore, il a pu être jugé que la conservation du bien au-delà de la période d'essai malgré le silence de l'acheteur quant à son agrément pouvait rendre la vente parfaite¹¹⁹⁸. Or il serait pour le moins étonnant d'appliquer une telle solution à la promesse unilatérale. Comment les juges pourraient-ils décider que le bénéficiaire d'une telle promesse, étant resté silencieux au terme du délai lui étant imparti pour opter, soit considéré comme ayant levé l'option ? Aussi a-t-il été proposé de voir dans l'essai une faculté de résiliation unilatérale du contrat¹¹⁹⁹. La théorie développée a le mérite de proposer une analyse unitaire des contrats incluant un essai, et ainsi d'envisager de la même façon l'essai dans la vente et, par exemple, la période d'essai du contrat de travail. Pour autant, et de l'aveu même du tenant de cette théorie, la conception s'accommode mal avec le texte du Code civil¹²⁰⁰. Force est, dès lors, de constater le flou régnant en la matière, aucune des justifications avancées ne permettant de rendre véritablement compte de la nature de l'essai. Peut-être est-il alors plus sage de se conformer à la lettre du Code

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, l'auteur vise ici essentiellement l'incompatibilité de la rétroactivité avec la rupture de la période d'essai en droit du travail.

¹¹⁹⁵ Ph. Le TOURNEAU, *Responsabilités des vendeurs et fabricants*, Dalloz, Droit de l'entreprise, 2001, n°219 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°11169.

¹¹⁹⁶ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°87.

¹¹⁹⁷ *Contra*, voyant dans la faculté de conclure le contrat un droit purement discrétionnaire, D. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux*, T. I, par J. HÉMAR, Sirey, 1954, n°165.

¹¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, Bull. civ. I, n°304, RTD civ. 1999, p. 376, note J. MESTRE, « *la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien* ».

¹¹⁹⁹ L. LORVELLEC, op. cit., n°147 et s.

¹²⁰⁰ L. LORVELLEC, op. cit., n°188, et n°330. L'auteur propose donc une réforme de l'article 1588 du Code civil visant à « *reconnaître à l'acheteur le droit de résoudre unilatéralement le contrat après une période d'utilisation du bien acquis et au vu des résultats de cette expérience* ».

et de considérer que la vente à l'essai est bien conclue sous condition suspensive. Reste alors à découvrir le fondement juridique de l'usage accordé à l'acheteur potentiel.

229 - Proposition d'un fondement juridique à l'usage dans l'essai : la limite des remises détachées du contrat. Lorsqu'une faculté d'essai est stipulée, la vente n'est, selon une partie de la doctrine¹²⁰¹, pas définitivement conclue. Comme le note un auteur, la condition d'essai suspend la vente « *non seulement en ce sens que la propriété reste au vendeur, mais encore en ce sens que l'acheteur n'est pas lié irrévocablement. Dès lors, on peut conclure qu'il n'y a pas de vente véritable et parfaite, que le contrat est boiteux* »¹²⁰². Cet embryon de contrat ne saurait donc justifier à lui seul l'usage temporaire de la chose autorisé à l'acheteur éventuel. Il faudrait donc admettre l'existence d'un contrat préliminaire qui obligerait le vendeur à concéder l'usage et l'acheteur à essayer. Ce contrat se rapprocherait alors du prêt à usage¹²⁰³ lorsque l'essai s'effectue à titre gratuit, et du bail¹²⁰⁴ lorsqu'il est rémunéré. Pour autant, l'idée qu'un contrat indépendant intervienne avant la réalisation définitive de la vente ne convainc pas tout à fait. Lorsque l'essai n'est pas concluant, considérer cette opération comme un contrat paraît adapté mais la situation est différente dans l'hypothèse inverse. Lorsque l'essai est concluant, sa réussite emporte la réalisation de la condition, la vente est alors définitivement formée. Or dans cette hypothèse, en application de l'article 1179 du Code civil¹²⁰⁵, la formation définitive de la vente produit ses effets de façon rétroactive au jour de la conclusion de l'essai ; l'acheteur serait donc considéré comme ayant été le propriétaire de la chose dès ce jour. Si ce point ne suscite pas de difficulté en apparence, ses conséquences sur la qualification du contrat sont étonnantes. Alors que les parties s'étaient engagées avant la vente, par exemple, dans un prêt à usage, la réussite de l'essai emporterait une requalification de ce premier contrat. Si l'effet rétroactif peut jouer sur le droit de propriété, qui est fictivement transféré à l'acheteur pour une période où celui-ci n'était que détenteur précaire, il n'est pas évident qu'il puisse agir sur la qualification d'un contrat. D'autres éléments tendent vers le rejet de l'analyse de l'essai en un contrat

¹²⁰¹ V. par ex. J. HUET, *op. cit.*, n°11169 ;

¹²⁰² R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n°108.

¹²⁰³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°105 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°88 ; D. GARREAU, J.-Cl. Civil Code, Art. 1585 à 1588, fasc. unique, n°154. La qualification de dépôt doit être ici exclue, car l'objet de l'essai n'est pas la garde mais l'usage de la chose.

¹²⁰⁴ Cass. com. 12 novembre 1996, inédit, pourvoi n°94-19766.

¹²⁰⁵ Art. 1179 C. civ., « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* ».

de prêt à usage ou de bail. Ainsi, il n'est pas certain que le futur vendeur puisse être considéré comme le débiteur de l'obligation de mise à disposition caractéristique de ces contrats. Par ailleurs, la consécration de ce type de contrat pourrait être la source de conflits notamment quant à l'utilisation de la chose permise au bénéficiaire. Il est, en effet, peu probable que les conventions précisent expressément les prérogatives qui lui sont reconnues. Or dans le cadre d'un commodat, l'emprunteur ne peut se servir de la chose « *qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention* »¹²⁰⁶. Une telle disposition, limitant les possibilités d'utilisation de la chose, pourrait être de nature à empêcher le bénéficiaire d'en éprouver les qualités attendues. Comme le remarque un auteur, « *n'arrivera-t-il pas souvent que l'acheteur aura stipulé la faculté d'essayer la chose, parce qu'il y recherche des qualités particulières qui, pour d'autres, seraient peut-être des défauts* »¹²⁰⁷ ?

Alors qu'à elle seule, la condition suspensive ne justifie pas la faculté d'usage reconnue à l'acheteur potentiel, la reconnaissance d'un contrat préliminaire de commodat ou de bail ne semble être envisageable. Ces différents éléments militeraient ainsi pour la reconnaissance dans cette situation d'un précaire et donc d'une remise détachée du contrat. Une telle solution aurait notamment le mérite de pallier le problème de l'usage déterminé du bien¹²⁰⁸ et de la qualification rétroactive de la situation en vente par le jeu de la réalisation de la condition. Certains éléments sont toutefois de nature à repousser la classification de l'essai dans la catégorie des remises détachées du contrat. L'*animus contrahendi* semble bien présent. Il ne peut, en effet, être ici nié que l'essai est avant tout une situation juridique issue de la volonté des parties et de laquelle découlent des obligations essentiellement à la charge de l'acheteur. Ce dernier est notamment obligé de réaliser l'essai¹²⁰⁹ et d'en payer le prix¹²¹⁰. Bien que tentante, la caractérisation d'une remise détachée du contrat en matière d'essai ne saurait donc se justifier. Une position peut toutefois être avancée. Il est, en effet, possible de considérer que la condition d'essai ne suspend

¹²⁰⁶ Art. 1880 C. civ.

¹²⁰⁷ G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVII, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n°165 ; Adde, A. BÉNABENT, op. cit., n°407, qui refuse de voir un prêt à usage dans la vente à l'essai en considérant qu'il « *manque en réalité (...) à la fois la finalité de la restitution et le caractère désintéressé de l'acte, qui seul justifie le régime du prêt (par exemple si la chose est viciée, le client devra bénéficier de la garantie du vendeur et non de celle, très atténuée du prêteur)* ».

¹²⁰⁸ Puisque dans le précaire l'usage n'a pas à être déterminé, V. *Supra*, n° 222.

¹²⁰⁹ V. par ex. CA Paris, 9 mai 1980, Jurisdata n°1980-099498, qui vise « *l'obligation générale de l'acquéreur de procéder à des essais loyaux en concertation avec le vendeur* » ; CA Reims, 29 juin 1994, Jurisdata n°1994-045243, traitant d'un « *manquement à l'obligation d'essayer le bien loyalement et dans un délai raisonnable* ».

¹²¹⁰ S'il est conclu à titre onéreux.

pas l'existence de tout le contrat mais seulement de certains de ses effets¹²¹¹ : le transfert de propriété et des risques pour le vendeur, le paiement du prix pour l'acheteur. Bien qu'il ne puisse être qualifié de contrat préliminaire, l'essai ne peut être analysé comme une remise détachée du contrat puisqu'il intervient en exécution du contrat de vente. La vente à l'essai marque donc la frontière de la remise détachée du contrat constituée par la présence d'un accord de volontés contractuelles. Il n'est néanmoins pas impossible de rencontrer de telles remises dans d'autres situations d'essai, ce terme étant alors entendu dans un sens plus large.

B. L'apport de la remise détachée du contrat dans les remises à titre d'essai

230 - Remise détachée du contrat et vente à la dégustation. Le Code civil prévoit explicitement des hypothèses dans lesquelles avant même la conclusion du contrat, l'acheteur potentiel peut "essayer" la marchandise. L'article 1587 dispose, en effet, qu'« à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant de faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». Bien que l'esprit de la vente à la dégustation soit proche de celui de la vente à l'essai, les deux institutions ne se rejoignent pas en tous points. Ainsi, contrairement à l'essai proprement dit, la dégustation ne doit pas nécessairement déboucher sur une appréciation des qualités objectives de la marchandise testée, l'acheteur potentiel jouissant ici d'un droit quasi discrétionnaire¹²¹². De même, le Code précisant qu'« il n'y a point de vente » avant que l'acheteur n'ait dégusté, il n'y a ici guère de doute sur une éventuelle formation de la vente précédant l'agrément. Le contrat définitif n'étant formé qu'une fois l'agrément donné par l'acheteur¹²¹³, il est classiquement enseigné qu'avant cet

¹²¹¹ Il faut admettre ici qu'une telle interprétation déforme quelque peu l'article 1588, qui vise « la vente » et non ses effets.

¹²¹² En matière commerciale, la faculté de refuser n'est toutefois pas complètement libre, puisque « le commerçant achète pour revendre ; son goût personnel est (...) indifférent ; il suffit que la marchandise soit de qualité loyale et marchande. (...). On pourrait peut être faire application de la théorie de l'abus du droit : le commerçant a le droit d'agrée, mais il ne peut en abuser », G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, n°2513-1 ; Adde, J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ, *L'agrée dans la vente du vin sur échantillon*, D. 2005, p. 155.

¹²¹³ L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, *op. cit.*, n°178, « aucun contrat synallagmatique, fût-il conditionnel, ne lie les parties avant la dégustation ».

agrément la vente à la dégustation s'analyse comme une promesse unilatérale de vente¹²¹⁴.

Néanmoins, la qualification de la période précontractuelle dans la vente à la dégustation en promesse unilatérale de vente n'est pas indiscutable, l'existence même d'un accord de volontés formant la promesse peut, en effet, être remise en cause. Présentant ce contrat, PORTALIS affirmait qu'en ce qui concerne les marchandises visées à l'article 1587, « *il n'y a pas de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées parce que jusqu'à cette époque il n'y a même pas un véritable contrat* »¹²¹⁵. Si l'hypothèse où les parties encadrent spécifiquement la dégustation doit être réservée, il semble possible d'affirmer qu'à défaut de stipulation contraire, il n'y aurait pas de « *véritable contrat* » avant l'agrément, donc pas de promesse unilatérale. Pour prétendre à l'existence d'un tel avant-contrat en la matière, il est indispensable de retenir une conception stricte de la vente à la dégustation : son application dépendrait non seulement de la nature des choses vendues mais encore du fait que les parties en sont convenues ainsi¹²¹⁶. Or c'est justement la position que semble avoir condamné la jurisprudence dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 24 mars 1998¹²¹⁷, affirmant que l'article 1587 du Code civil « *étant supplétif de la volonté des parties, la renonciation à ses dispositions ne pouvait résulter du seul silence de celles-ci* ». Les parties n'auraient donc pas à s'entendre sur l'application du texte mais uniquement, le cas échéant, sur son exclusion. Une interprétation quelque peu extensive de cet arrêt peut alors conduire à exclure l'éventualité d'un accord de volontés précédant le contrat – à défaut de stipulation spécifique – et donc le principe d'une promesse unilatérale de vente. Partant, puisque ni un contrat ni une promesse de contrat ne peuvent être caractérisés, la mise à disposition du bien, précédant la vente à la dégustation, pourrait être qualifiée de

¹²¹⁴ En ce sens, V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *op. cit.*, n°157 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÉS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°104 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°53 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°89 ; A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°104 ; J. HUET, *op. cit.*, n°11168 ; *Contra*, voyant dans la vente à la dégustation un « *accord de principe* », L. ROZÈS, *Projets et accords de principe*, RTD com. 1998, p. 501, spéc., n°16 ; J.-C. SERNA, *Le refus de contracter*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 74, 1967, p. 210 ; y voyant une vente conditionnelle, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. et loc. cit.*

¹²¹⁵ J.-E.-M. PORTALIS, in P.-A. FENET, T. XIV, *op. cit.*, p. 114 ; Rapp. M. BUGNET, sous R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. III, *op. cit.*, n°310, note 1, qui précise que « *le Code, en déclarant qu'il n'y a pas de vente, embrasse dans sa généralité aussi bien le vendeur que l'acheteur ; déclarer que la vente n'existe pas, c'est en d'autres termes, déclarer que ni l'un ni l'autre ne sont engagés, qu'il n'y a ni vendeur ni acheteur* ».

¹²¹⁶ H. KENFACK, J.-Cl. *Contrats-distribution*, fasc. 3770, *Ventes conditionnelles*, 1^{er} mai 2005, n°69.

remise détachée du contrat. La proposition serait alors de nature à fondre dans le régime de la vente à la dégustation les hypothèses d'essais autonomes, classiquement dépourvus de régime propre.

231 - Remises détachées du contrat et "essai autonome". Afin de distinguer l'"essai" issu d'une vente à la dégustation et les essais autonomes ne s'insérant pas directement dans un contrat, certains auteurs distinguent ces hypothèses en fonction de la volonté des parties. Pour que la vente à la dégustation soit caractérisée, il faut que « *le principe du contrat [soit] acquis* »¹²¹⁸, elle n'aurait donc vocation à être appliquée que lorsque « *l'acheteur a pris la décision de principe d'acheter* »¹²¹⁹. À défaut, il ne s'agit que d'un « *épisode des pourparlers* »¹²²⁰. Cette conception exclut donc, de façon mécanique, les hypothèses de dégustation ou d'essai, lorsque la volonté de l'acheteur potentiel est encore incertaine et qu'il ne fait que tester le produit qu'il envisage d'acquérir. Sur ce point la présentation classique est critiquable : la détermination de la volonté réelle de l'acheteur – acheter ou simplement éprouver les qualités du produit – n'apparaissant pas particulièrement aisée. Partant, à la suite de certains auteurs, une conception plus large de la vente à la dégustation peut être retenue. Elle aurait ainsi vocation à être appliquée dans les hypothèses de ventes de biens consommables prévues par le Code civil, mais également « *lorsque les qualités de la chose sont si subjectives qu'elles ne peuvent être appréciées que par le goût* »¹²²¹. La conception élargie de la vente à la dégustation inclurait donc des hypothèses telles que les tests commerciaux¹²²², ou par exemple, la faculté d'essayer des vêtements dans un magasin en libre service¹²²³.

Une qualification unitaire peut ainsi être proposée pour l'ensemble de ces opérations. Dès lors que l'acheteur peut conclure la vente en ne se basant que sur des considérations purement personnelles et subjectives, il y a bien vente à la

¹²¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n°127, RTD com 1998, p. 908, obs. B. BOULOC ; JCP éd. E. 1998, n°25, p. 996, obs. B. GROSS ; RTD civ. 1999, p. 377, obs. J. MESTRE ; *Adde*, sur renvoi, CA Besançon 14 septembre 1999, D. 2001, p. 729, obs. N. OLSZAK.

¹²¹⁸ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n°881.

¹²¹⁹ D. GARREAU, J.-Cl. Civil Code, Art. 1585 à 1588, fasc. unique, n°79.

¹²²⁰ Ph. Le TOURNEAU, *op. et loc. cit.*

¹²²¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°104.

¹²²² Dans le cadre desquels un garagiste peut, par exemple, mettre temporairement à la disposition d'un futur client, une voiture, afin que ce dernier puisse en éprouver les qualités.

¹²²³ Il pourrait être reproché à cette présentation de nier le fait que la dégustation est une condition de formation du contrat. Un acheteur ne saurait, en effet, nier l'existence de la vente après avoir acheté un vêtement dans un magasin en libre service sous prétexte qu'il ne l'a pas essayé. Pour autant, l'affirmation n'est pas de nature à remettre en cause la qualification de vente à la dégustation : il suffit de considérer qu'en achetant le bien sans recourir à l'essai, l'acheteur a renoncé tacitement à cette faculté.

dégustation¹²²⁴. En l'absence d'un véritable accord de volontés entre les parties avant la conclusion définitive de la vente, aucun contrat ne saurait être caractérisé. La jurisprudence semble d'ailleurs confirmer cette proposition. Ainsi la Cour de cassation a pu affirmer qu'à l'occasion de l'essai d'une voiture, effectué sous le contrôle du vendeur par un acheteur potentiel, aucun contrat ne s'était formé. Le premier « *ayant conservé sur la voiture dont [il] était propriétaire, les pouvoirs d'usage, de contrôle [et] de direction* » était demeuré gardien du véhicule et devait être considéré comme responsable du dommage causé au second suite à un accident¹²²⁵. Par ailleurs, la solution est la même, quant à l'impossibilité de caractériser un contrat, lorsque le vendeur laisse l'acheteur potentiel essayer seul le véhicule¹²²⁶. Il apparaît donc que dans les ventes à la dégustation, l'essai n'intervient jamais en exécution d'un contrat ; faute de pouvoir caractériser l'*animus contrahendi*, la qualification de remise détachée du contrat s'impose. La qualification d'acte de complaisance ne peut toutefois être retenue. Ces remises s'inscrivent nécessairement dans un cadre plus large puisqu'elles n'existent que dans l'objectif de former un contrat : elles sont donc par nature intéressées¹²²⁷. De même puisque si l'essai est concluant, l'acceptation forme le contrat, il ne saurait être affirmé que ces remises sont totalement dépourvues d'effets

¹²²⁴ Le terme dégustation serait donc utilisé de façon large et ne s'appliquerait donc pas uniquement aux seules choses pouvant être goûtées.

¹²²⁵ Cass. civ. 2^e, 19 mai 1969, Bull. civ. II, n°161.

¹²²⁶ CA Nancy, 31 janvier 2000, Jurisdata n°2000-130691.

¹²²⁷ L'essai dans la vente à la dégustation se rapproche d'une certaine conception de la vente en libre service. Traditionnellement il est considéré, pour permettre l'application de l'article 311-1 du Code pénal, que le fait, pour un consommateur, de saisir une marchandise dans les rayons forme le contrat, mais que le transfert de propriété est tacitement reporté au paiement du prix (Cass crim., 4 juin 1915, S. 1918, 1, p. 225 ; Cass. crim. 14 mai 1958, D. 1958, p. 513, note M.P.). Certains auteurs suggèrent toutefois que c'est le passage en caisse qui forme définitivement le contrat. Cette analyse paraît plus pragmatique, il est certain qu'avant de payer, le client peut remettre le bien en place, et il serait particulièrement compliqué de prétendre qu'il userait ici d'un droit de résolution unilatérale du contrat. De même, celui qui n'a jamais eu la volonté de payer l'article en question ne peut être considéré comme ayant manifesté sa volonté de conclure le contrat (En ce sens P. CORLAY, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception objective de la possession*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 157, 1978, n° 63 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1990, n°552 ; Adde, C. OPHELE-ROSSETTO, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD Com. 1995 p. 87). Une telle conception aurait également pour mérite de rapprocher les conceptions pénales et civiles de la formation du contrat de vente en libre service. Ainsi, lorsque le client d'un tel magasin a été blessé, suite par exemple, à l'explosion d'une bouteille de boisson gazeuse déposée dans un caddie, la jurisprudence affirme que la responsabilité du magasin ne peut être recherchée que sur terrain de la responsabilité délictuelle, la vente n'ayant pas encore été formée (V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 27, D. 1978, IR. p. 402 ; CA Rennes, 25 juin 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, p. 80, note B. HÉNO).

de droit¹²²⁸. Partant, elles semblent se rattacher à la catégorie des remises détachées du contrat qui se rapprochent toutefois du contrat.

232 - Synthèse. La qualification des différentes situations d'essai n'est guère évidente à découvrir. Déterminer une qualification unitaire n'est d'ailleurs pas envisageable, tant les modalités diffèrent. Certaines situations semblent néanmoins se rattacher à la catégorie des remises détachées du contrat. Il apparaît, en effet, que les remises à titre d'essai, issues des ventes à la dégustation, ce terme pouvant être entendu largement, présentent une certaine similarité. Dans ces hypothèses, le contrat définitif n'est jamais conclu et les parties ne sont tenues d'aucune véritable obligation. L'essai issu d'une vente à l'essai doit toutefois être mis à part : bien que les différentes qualifications traditionnellement proposées puissent être écartées, il ne paraît pas envisageable de découvrir ici une remise détachée du contrat. L'idée suivant laquelle cette situation s'analyserait comme un report des effets d'un contrat de vente déjà conclu, semble alors mieux rendre compte de cette opération.

233 - Conclusion de section : confirmation des potentialités de la notion de remise détachée du contrat. Le modèle de la remise détachée du contrat dégagé à partir de situations confinant au dépôt est applicable à des hypothèses emportant l'usage de la chose. Une telle qualification peut, tout d'abord, être retenue pour le précaire. Bien que souvent assimilé au contrat de prêt à usage, le précaire s'en distingue pourtant de par ses caractéristiques propres. Dépourvu de contenu obligationnel, il ne peut être qualifié de contrat et n'intervient en réalité qu'au titre d'un simple acte de courtoisie. Ensuite, certaines opérations d'essai peuvent également être qualifiées de remises détachées du contrat. Si l'essai issu d'une vente à l'essai se prête mal à cette qualification, ceux résultant des ventes à la dégustation – cette catégorie étant entendue de façon extensive – peuvent y être assimilés. À la différence du précaire, elles s'insèrent dans le processus de formation du contrat et ont pour seule raison d'être la conclusion du contrat définitif. Sans pouvoir être qualifiées de promesse unilatérale de vente faute de véritable accord de volontés, ces remises forment presque des contrats. À ce titre, toute idée de complaisance en la matière est à proscrire.

234 - Conclusion du chapitre : typologie des remises détachées du contrat. La remise détachée du contrat, par définition, intervient à défaut de véritable *animus contrahendi*. La présence d'un accord de volontés est pourtant indéniable,

¹²²⁸ Certains auteurs voient également dans la vente à la dégustation une obligation pour l'acheteur potentiel d'effectuer l'essai, en ce sens, V. D. GARREAU, préc., n°87.

néanmoins celui-ci ne se cristallise que sur la remise : la mise à disposition de l'un, et l'enlèvement de l'autre. Si l'apparence inciterait parfois à découvrir un contrat, la réalité est tout autre. Deux catégories de remises détachées du contrat s'opposent alors : celles produisant des effets de droit, et celles en étant dépourvues.

Les premières, regroupant notamment le dépôt nécessaire et certaines formes d'essai, ont pour caractéristique de tendre fortement vers des contrats en ce qu'elles sont susceptibles de créer des obligations, essentiellement à la charge de l'*accipiens*. Néanmoins, l'accord des volontés, indispensable à la formation du contrat, ne peut être découvert en la matière.

Les secondes, qui peuvent être subdivisées en deux catégories, se distinguent en fonction de leur source. Tout d'abord, dans certaines hypothèses, la loi exclut expressément l'existence de toute relation contractuelle. Tel est par exemple le cas quand une mesure de police organise une occupation temporaire du domaine public ; la qualification de remise détachée du contrat apparaît ici imposée aux parties par le législateur ou le pouvoir réglementaire. Ensuite, une remise détachée du contrat peut être le fruit d'un simple rapport de complaisance, les parties manifestant alors leur volonté de ne pas conclure de contrat, et de situer leur relation hors du droit. Cette catégorie semble ainsi pouvoir recueillir le précaire et les nombreuses hypothèses dans lesquelles les qualifications de dépôt ou d'obligation de surveillance accessoire ne sont pas adaptées.

Découvertes à partir de situations spécifiques, ces différentes situations ont pour point commun de ne jamais présenter toutes les conditions nécessaires à la caractérisation d'un contrat. Conséquence du fait que toute relation n'est pas nécessairement un contrat, ces opérations presque spontanées attestent, en outre, de toutes les potentialités de la conception de la remise entendue comme la combinaison d'un double mouvement.

235 - Conclusion du titre 2 : les apports de l'approche de la remise en fonction de sa réalité matérielle. L'analyse de la remise en tant que notion permet d'interpréter sous un jour nouveau les différentes situations dans lesquelles cette opération se trouve impliquée. Sa saisine par le droit est susceptible de varier en fonction du rôle lui étant reconnu. C'est, tout d'abord, assez naturellement que la traditionnelle "obligation de remise" est susceptible d'évoluer vers une obligation de mise à disposition, réminiscence de l'obligation de *praestare* du droit romain. Si différents types d'obligation de mise à disposition peuvent être découverts, en fonction des suites que le droit accorde à remise, ils se rejoignent en un point capital : le mouvement de la chose. L'aspect matériel est donc inchangé : son objectif étant de

parvenir à la mise en possession de l'*accipiens*, elle correspond toujours, au minimum en la dessaisine du *tradens*. Ensuite, lorsque la remise n'est pas une obligation, elle se détache du contrat, mais conserve cette réalité matérielle. Elle permet alors de systématiser un type d'opérations limitées à son double mouvement. Dans ces hypothèses de remises détachées du contrat, l'accord des parties se cristallise alors sur la mise à disposition et l'enlèvement de la chose pour former la relation. Fondement d'une conception renouvelée de la remise de la chose, l'idée suivant laquelle cette dernière doit toujours être envisagée comme la combinaison d'un double mouvement permet donc d'y voir une notion unitaire, bien que, naturellement, ses fonctions divergent.

236 - Conclusion de la première partie : l'unité de la notion de remise naissant de sa dualité profonde. Classiquement envisagée en fonction de ses principaux effets – la formation des contrats réels et dans certaines hypothèses le transfert de propriété – la remise de la chose peine à être saisie de façon unitaire par le droit. Pire encore, la doctrine et la jurisprudence réduisant à outrance ses effets, elle paraît presque dénuée de juridicité. Si les causes de ce désamour sont nombreuses, l'une semble devoir être mise plus particulièrement en exergue : la remise n'est jamais envisagée en tant que notion. Pour autant, en acceptant de s'attacher moins à ses effets qu'à sa nature même, il devient possible d'envisager la remise et non plus les remises. Fruit de la combinaison entre le dessaisissement de la chose et de son enlèvement, la remise peut alors être envisagée de façon unitaire. Il apparaît, en effet, que quelle que soit la convention en vertu de laquelle elle intervient, la remise peut toujours être réduite à cette réalité matérielle. Comment envisager la formation d'un contrat réel sans enlèvement de la chose ? Comment considérer que la remise a été effectuée si, après que le vendeur a mis le bien à la disposition de l'acheteur, ce dernier n'en a pas pris possession ? De cette constatation peut donc naître l'unité de la notion de remise. Partant, qu'elle soit ou non envisagée comme une obligation, l'intégrer pleinement en droit positif redevient une opération envisageable.

Puisqu'elle permet d'appréhender la remise de façon juridique, cette première phase de l'étude est indispensable. Différents types de remises peuvent néanmoins être découverts. La façon dont le droit s'en saisit varie donc nécessairement. Dès lors, en ce qu'elle permet, au final, d'appliquer à chaque remise un régime juridique adéquat, l'intégration des remises de la chose en droit positif devient essentielle.

PARTIE 2
INTEGRATION DES REMISES DE LA CHOSE
EN DROIT POSITIF

237 - Introduction de la seconde partie : recherche d'une remise intégrée en droit positif. Partant d'une remise désormais envisagée en tant que notion – le résultat de la mise à disposition et de l'enlèvement d'un bien – celle-ci est susceptible de revêtir deux réalités. Soit elle s'insère dans un contrat et est l'objet d'une obligation, soit elle intervient à la frontière du contrat et en est alors détachée. Si la source de la découverte de l'obligation de mise à disposition et de celle de la remise détachée du contrat est identique – la notion de remise de la chose – leurs implications divergent nécessairement. Le champ d'application de l'étude est donc double, mais l'objectif poursuivi est le même : déterminer la façon dont la remise s'intègre en droit positif. Dès lors que l'existence d'une obligation de mise à disposition est admise, son intégration ne peut, en soi, pas être véritablement discutée : étant une obligation, elle emporte naturellement des effets juridiques. Ces derniers doivent, bien entendu, être relevés précisément, mais c'est surtout la question de sa place au sein des obligations traditionnelles qui doit être vérifiée. Deux hypothèses doivent alors être envisagées. Elle peut tout d'abord n'être que l'espèce d'un genre plus large et se rattacher, comme le suggère parfois la doctrine¹²²⁹, à l'obligation de donner ou de faire. Elle peut également, si aucune des catégories classiques d'obligations ne s'avérerait en mesure de la recevoir, se détacher des catégories classiques et fonder une nouvelle catégorie d'obligations. Plus complexe est la question de l'intégration de la remise détachée du contrat. Grande est, en la matière, la tentation de la rattacher au non-droit tant elle paraît en marge du droit en règle générale. Ces remises ne pourraient, dès lors, qu'être analysées comme des situations purement factuelles, demeurant en marge des catégories juridiques traditionnelles. Pour autant, l'absence de droit en la matière ne pourrait être retenue qu'autant qu'aucun des corps de règles traditionnels ne serait applicable.

Ce n'est donc que si, tant la remise obligée (Titre 1), que détachée du contrat (Titre 2), peuvent véritablement être intégrées au droit positif qu'il pourra être affirmé, à la suite d'un auteur que « *le système français des actes à formation*

¹²²⁹ V. par ex. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. VIII, *Les contrats et les obligations*, op. cit., n°166 ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, par E. COLMET de SANTERRE, op. cit., n°52.

bilatérale ne connaît pas seulement le mariage et le contrat, il connaît également la remise »¹²³⁰.

¹²³⁰ R. SACCO, *Un cryptotype en droit français : la remise abstraite*, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 273 et s., n°9.

TITRE 1

LA REMISE DANS LE CONTRAT : LA NECESSITE D'UNE CLASSIFICATION

238 - Introduction du titre 1 : remise en cause d'une *summa divisio* établie. Présentant le rôle des catégories dans la technique du droit, François GÉNY, affirme que « *le système des catégories apporte l'avantage de couler les institutions reconnues en des moules préformés, qui leur assurent à la fois cette précision des conditions et cette fermeté des effets, sans lesquelles il n'est pas d'ordre social solidement établi* »¹²³¹. Appliqué à la matière du droit des obligations, les « *moules préformés* » du droit positif sont constitués par les obligations de donner et de faire. L'éminent auteur poursuit alors son raisonnement en affirmant que « *dans l'ordre privé (civil ou commercial) le système des catégories semble avoir perdu, chez les modernes, sinon de son importance, à tout le moins de sa rigueur technique, par suite de certaines idées, dominant notre organisation juridique, et y introduisant des principes tellement vastes, élastiques, mous et presque flasques, que, sous prétexte d'assouplir le droit positif, elles aboutissent à en rompre les cadres* »¹²³². Si la critique qu'entend mener cette étude ne saurait être aussi vaste, force est de constater l'adéquation entre ces propos et la situation actuelle de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet. Sujet de nombreuses controverses, elle peine, de par ses nombreuses lacunes et la porosité de ses frontières, à se voir reconnaître une véritable efficacité. Sa formulation même peut faire douter de sa nature profonde de *summa divisio*. Répondant à l'axiome suivant lequel « *les obligations positives qui ne sont pas des obligations de donner, s'appellent obligation de faire* »¹²³³, elle met en place une catégorie d'obligations aux contours déterminés – l'obligation de donner – et une catégorie résiduelle – l'obligation de faire – amenée à recueillir l'ensemble des

¹²³¹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°207, p.125.

¹²³² F. GÉNY, *op. cit.*, p. 126.

¹²³³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°159

obligations ne rentrant pas dans les cadres de la première. Au-delà de cette critique théorique, le mal paraît plus profond. L'existence même des obligations de donner peut être discutée et l'élargissement à outrance des obligations de faire conduit à appliquer des régimes pour le moins disparates au sein de cette catégorie. Partant, l'obligation de *praestare* précédemment dégagée pourrait avoir vocation à s'intégrer dans le droit commun des contrats. Relative aux obligations portant sur la remise d'une chose¹²³⁴ que les catégories classiques ne semblent pas en mesure de régir (Chapitre 1), elle constitue même la base d'une refonte de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet (Chapitre 2).

¹²³⁴ À ce stade, une précision s'impose. L'obligation de *praestare* est en mesure de régir aussi bien le premier mouvement de la remise – la dessaisine ou mise à disposition – que le second – l'enlèvement – lorsque celui-ci constitue une obligation. Pour autant, c'est en grande partie l'étude du premier de ces mouvements qui guidera cette partie, et cela pour diverses raisons. Tout d'abord, contrairement à la mise à disposition, l'enlèvement n'est pas toujours une obligation. Il ne l'est même que dans des cas limités, lorsqu'il prend les traits du retraitement ou de la prise de livraison. Ensuite, une grande partie du régime de la mise à disposition est transposable à l'enlèvement. Enfin, quand ce dernier présente des spécificités, notamment par dans les sanctions de son inexécution celles-ci sont directement prévues par le Code.

CHAPITRE 1 L'OBLIGATION DE MISE A DISPOSITION AU SEIN DE LA *SUMMA DIVISIO* DES OBLIGATIONS

239 - La mise en évidence de l'obligation de mise à disposition : éléments de pénétration des contrats spéciaux dans le droit commun des contrats. L'analyse menée à partir des contrats spéciaux, permettant de mettre en lumière une obligation de mise à disposition, doit être confirmée par une approche du droit commun des obligations. Les termes "obligation de mise à disposition" ne devraient plus être utilisés pour jouer un rôle de classification didactique mais une véritable qualification juridique¹²³⁵. La reconnaissance d'une obligation de mise à disposition en droit positif s'inscrit dès lors dans un mouvement consistant à enrichir la théorie générale du contrat par l'incorporation d'éléments découverts par l'étude des contrats spéciaux et attestant de l'absence d'étanchéité de ces deux matières¹²³⁶. Il ressort des contrats spéciaux que la présentation traditionnelle des obligations distinguant les obligations de donner et les obligations de faire reflète mal la substance du contenu obligationnel des contrats emportant la remise d'une chose. Il semble alors nécessaire d'intégrer au sein de la *summa divisio* une obligation régissant de façon spécifique ce type d'opérations. La présentation adoptée par le Code civil ne constituerait plus une « vérité éternelle »¹²³⁷ et devrait donc être refondue. Partant, il ne peut être proposé d'intégrer une obligation de mise à disposition sans en tirer les conséquences sur le contenu des autres obligations. Une telle insertion conduit nécessairement à délimiter les champs d'application respectifs et les contenus propres des obligations de donner et de faire, ce qui suppose d'en retenir une définition particulièrement stricte. C'est alors par exclusion que la matière de l'obligation de *praestare* prend forme : ce qui ne peut relever du *dare* ou du *facere* s'intègre mécaniquement au sein du *praestare*. Ainsi, afin de conférer à l'obligation de

¹²³⁵ Selon l'expression de B. GROSS et P. BIHR, *Contrats*, PUF, 2^e éd., 2002, n°14 *in fine*, à propos de la qualification de contrats de fourniture de services.

¹²³⁶ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°6.

¹²³⁷ Suivant l'expression du tribun FAVART, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, Paris, 1827, p. 46.

mise à disposition un contenu propre, il convient d'extraire des obligations de donner et de faire les obligations de remise de choses.

Au constat de l'inaptitude des obligations de *dare* et de *facere* à recevoir les obligations de remise (section 1), peut donc succéder une proposition de clarification rendue possible par la reconnaissance de l'autonomie de l'obligation de *praestare* (section 2).

Section I

Les opérations de remise, point d'achoppement de la division des obligations en *dare* et *facere*

240 - Vers la négation d'une classification des obligations par leur objet ? La classification des obligations mise en place par le Code civil distinguant les obligations de donner et les obligations de faire n'est pas hermétique à la critique : en l'état, « *sans être inexacte cette classification n'est pas d'une grande utilité* »¹²³⁸. Le point de départ de l'aversion de la doctrine pour cette *summa divisio* est classiquement l'obligation de donner : le transfert de propriété se réalisant de façon purement intellectualisée, il ne saurait être l'objet d'une obligation. Si cette analyse peut être confirmée, ses conséquences n'emportent guère l'adhésion. L'aspect trop souvent négligé du rejet de l'obligation de donner est de conduire à une inexorable extension des obligations de faire : toutes les obligations auraient pour objet un *facere*. Cette conclusion est contestable, non pas en ce qu'elle conduit à supprimer toute distinction entre les obligations en fonction de leur objet, mais car elle amène à qualifier d'obligation de faire toutes les obligations. Or l'élargissement à outrance des obligations de *facere* est particulièrement critiquable puisqu'elle constituerait une catégorie pour le moins hétérogène. Dès lors, afin de pouvoir proposer une *summa divisio* des obligations réellement adaptée à la réalité juridique, il semble nécessaire d'attribuer un contenu strict aux catégories d'obligations prévues par le Code civil. Si la conception moderne de l'obligation de donner ne semble pas pouvoir s'intégrer en droit français (§1), son rejet ne doit pas conduire à une analyse trop large de l'obligation de faire. Seule l'analyse de cette dernière en obligation portant essentiellement sur l'activité de la personne (§2), permet de laisser une place à l'obligation de *praestare* relative aux obligations ayant pour objet les opérations de transmissions des choses.

¹²³⁸ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, T. 2, *Contrat*, Litec, 5^e éd., 1995, n°1005.

§ 1. L'incapacité de l'obligation de donner à saisir les remises de choses

241 - Le transfert de droit, impossible objet d'obligation. L'obligation de donner n'est pas une notion particulièrement claire. Il est, tout d'abord, classique de critiquer la formulation et l'organisation des articles la consacrant. La section du Code civil lui étant dévolue¹²³⁹ ne permet pas d'en donner une définition précise. Ceux-ci semblent, en effet, la lier indéfectiblement à l'obligation de livrer bien que les deux termes ne puissent être confondus¹²⁴⁰. Il peut toutefois être remarqué que l'adoption de la section relative à l'obligation de donner n'a fait l'objet d'aucun débat lors des travaux préparatoires du Code civil sur le sens à accorder à cette notion¹²⁴¹. Les dispositions concernant les obligations ayant été « *puisées presque en entier dans le droit romain* »¹²⁴², c'est en fonction de la conception romaine du *dare* que l'obligation de donner doit être définie. Il ressort alors de nombreux textes du droit romain que cette obligation a avant tout pour objet le transfert de la propriété¹²⁴³. Aussi, malgré la malencontreuse rédaction des articles 1136 et suivants, l'obligation de donner peut-elle être appréhendée comme l'obligation portant sur le transfert ou la création d'un droit. Or la conception moderne du transfert de propriété semble conduire à un affinement de cette obligation : si le transfert se réalise de façon intellectualisée, l'obligation de transférer la propriété ne peut être, par conséquent, qu'une obligation purement intellectuelle (A). L'obligation de donner ne pouvant présenter d'existence matérielle, son effectivité s'en trouve réduite à néant (B).

¹²³⁹ Les articles 1136 à 1141 du Code civil.

¹²⁴⁰ Comme en atteste par exemple l'article 1141 qui précise « *si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer (...)* », (nous soulignons).

¹²⁴¹ P.-A. FENET, T. XIII, *op. cit.*, p. 46 et s.

¹²⁴² BIGOT de PRÉAMENEU, in P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 46.

¹²⁴³ V. par ex. D. 45, 1, 75, 10, « *haec stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodò efficiatur stipulatoris quoquo modo* » : « *cette stipulation, vous donnerez le fonds de terre de Tusculum, montre qu'elle est d'un objet déterminé, et renferme que la propriété toute entière soit transportée d'une manière quelconque au stipulateur* ». Dans certains textes le terme *dare* vise également la constitution de droit réel, V. par ex. D. 45, 1, 136, 1, « *Si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio* » : « *si quelqu'un a stipulé qu'on lui donnerait un chemin pour aller à son champ et qu'avant l'établissement de la servitude il ait aliéné le champ en tout ou partie, la stipulation est annulée.* »

A. Présentation de la notion moderne d'obligation de donner

242 - La notion d'obligation de donner : les origines de la disgrâce. Le Code civil ayant consacré le transfert de la propriété par le seul échange des consentements, l'obligation de donner ne peut en principe, à la différence des autres obligations, consister en une prestation matérielle. Il est alors permis de constater que ce modèle, purement intellectualisé, n'a pu se dégager sans bouleverser profondément la conception originelle (1). En outre, ce n'est qu'en retenant, de façon plus ou moins implicite, une conception particulièrement extensive de la notion d'obligation que les tenants du maintien de l'obligation de donner parviennent à lui conférer une timide efficacité (2). Dès le stade de la découverte du concept, il est tentant de remarquer que cette obligation si particulière porte en elle les motifs de son abandon.

1. Une obligation de donner intellectualisée

243 - L'intellectualisation de la notion de biens, source de l'intellectualisation de l'obligation de donner. Si dans ses origines romanistes le transfert de propriété devait présenter une certaine matérialité¹²⁴⁴, la raison semble en être que plutôt qu'un transfert du droit sur la chose, c'est un transfert de la chose elle-même qui s'opérait. Néanmoins, cette conception a progressivement été remplacée par une approche plus abstraite de la notion de "biens"¹²⁴⁵, permettant ainsi une distinction plus fine d'avec les choses. Primitivement, le terme de "biens" ne désignait que des choses, « *c'est-à-dire des objets corporels, mobiliers ou immobiliers* »¹²⁴⁶. Une telle conception corporaliste, semble avoir été retenue par le Code civil mais ne permet de reconnaître la qualification de "biens" qu'aux choses matériellement saisissables et appropriables¹²⁴⁷. La limitation théorique de la notion a toutefois été bouleversée, le modèle même du bien ayant subi une véritable

¹²⁴⁴ V. *Supra*, n° 11 et s.

¹²⁴⁵ Sur laquelle, V. *Supra*, n° 2.

¹²⁴⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les Biens*, *op. cit.*, n°51.

¹²⁴⁷ N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, *op. cit.*, n°408 et s. Comme le démontre l'auteur, la position des premiers commentateurs quant à la qualification des choses incorporelles est ambiguë en raison du refus d'associer « *les biens incorporels à la définition même des biens* ». En ce sens V. par ex. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. IV, G. Thorel, 4^e éd., 1844, p. 6.

modification structurelle. Aussi, dans le souci de s'adapter à l'évolution juridique, la doctrine a-t-elle développé une conception plus intellectualisée des biens ne se limitant pas aux choses corporelles mais englobant les droits¹²⁴⁸. La scission opérée entre les choses et les biens, par une interprétation plus large de ce dernier terme, se comprend parfaitement et apparaît comme l'indispensable adaptation du droit à l'évolution de la société : « *la vie juridique a créé d'autres objets complexes par des règles de droit qui ont amené comme naturellement à regarder ces objets comme des biens. L'exemple le plus frappant est celui des valeurs mobilières. Au siècle dernier, le développement industriel a provoqué l'émission d'actions et d'obligations en quantités telles que des patrimoines entiers ont pu être constitués par ces valeurs (...). Comment nier qu'il s'agissait de biens ?* »¹²⁴⁹. Face au considérable développement de l'immatériel, il semble que la notion de bien s'affranchisse progressivement du corps, pour se rattacher aux droits. Un véritable renversement dans la présentation s'opère : les biens ne sont plus les choses objets de la propriété mais au contraire, le droit de propriété sur les choses¹²⁵⁰, ou plus généralement les droits sur les choses¹²⁵¹.

À cette intellectualisation de la notion de biens, répond une dématérialisation de l'obligation de donner. Si la notion de bien se limite aux seules choses corporelles, l'obligation de donner, dépend nécessairement de l'exécution d'une prestation

¹²⁴⁸ A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, Dalloz, 9^e éd., 1939, p. 677, « *les choses, en effet, ne sont des biens, c'est-à-dire ne présentent pour nous une valeur économique qu'à raison des droits dont elles sont l'objet. Logiquement, il serait plausible de prétendre que les véritables biens, ce sont, non les choses, mais les droits qui aboutissent indirectement à nous les procurer* » ; Adde, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les biens*, LGDJ, 2001, n°1, p. 1, « *la notion de "biens" est ainsi dominée par celle de droits relatifs aux choses et désigne en réalité surtout les droits qui portent sur les choses et non les choses elles-mêmes* » ; Comp. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°2 et 3, « *constitue donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité. (...). Malgré qu'elle soit couramment présentée comme telle, il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation* », les auteurs conviennent néanmoins que les autres droits sont des biens.

¹²⁴⁹ H. BATIFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, APD, T. 24, *Les biens et les choses*, Sirey 1979, p. 11 ; Rappr. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, *Les biens*, 2^{ème} vol., Sirey, 1965, n°3.

¹²⁵⁰ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., n°488, selon l'auteur, le « *renversement complet de perspective* », (n°485), est le fruit de la « *de la définition de la propriété en tant que somme de prérogatives sur une chose (...). Car lorsque le droit est conçu à partir des pouvoirs, abstraitement déterminés, qu'il confère, c'est à son contenu, plutôt qu'à son objet que l'on accorde la place prépondérante. Décrite comme usus, fructus, abusus, la propriété se définit par elle-même, et non en considération de la chose sur laquelle elle porte. L'utilité qui caractérise le bien, réside dans les prérogatives qu'offre la première, et non dans les caractéristiques de la seconde, qui sont juridiquement indifférentes* ».

¹²⁵¹ A. WEILL, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 1969, n°3, p. 2 et s., « *le mot "biens" désigne alors dans un second sens les droits eux-mêmes qui peuvent porter sur les choses. (...). En effet, par elles-mêmes, les choses n'ont point de valeur ; elles ne procurent d'utilité que par l'effet des droits dont elles sont susceptibles : ce sont ces droits qui ont une valeur et qui, par là même, sont des biens* ».

matérielle. Cette conception lie ainsi inexorablement l'obligation de donner à l'obligation de livrer la chose, donc d'en faire tradition¹²⁵². Comme l'a démontré un auteur¹²⁵³, la définition corporaliste n'est néanmoins pas homogène dans la doctrine. Suivant certains, l'obligation de donner correspond à l'ensemble des obligations de livrer¹²⁵⁴, alors que d'autres estiment qu'elle ne régit que les obligations de livrer translatives de propriété¹²⁵⁵. Toutefois, suite à l'évolution et l'intellectualisation de la notion de "biens", l'obligation de donner a subi une modification intrinsèque tendant vers sa redéfinition en une obligation de transférer la propriété ou plus généralement un droit réel.

244 - Les hésitations quant à l'assiette de l'obligation de donner intellectualisée. Partant du constat qu'une conception de l'obligation de donner profondément liée à la remise de la chose n'était pas en mesure de régir les transferts de biens incorporels et donc des droits, la doctrine s'est employée à la redéfinir. Est ainsi apparu le concept moderne d'une obligation de transférer la propriété indépendante de la remise de la chose. Le transfert n'apparaît dès lors plus comme un effet de l'obligation de livrer mais comme l'objet de l'obligation de

¹²⁵² En ce sens V. par ex. F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. III, éd. Prudhomme, Grenoble, 1841, p. 292, « l'obligation de donner, c'est-à-dire de livrer une chose, ne peut ne pas être matériellement accomplie » ; A.-E. BOUVIER-BANGILLON, *De la tradition en Droit romain et dans l'Ancien droit français. De la transmission de la propriété par l'effet des conventions en droit français actuel*, Paris, F. Pichon imprimeur – librairie, 1877, p. 128, « il est manifeste que l'obligation de transférer la propriété doit avoir pour synonyme l'obligation de faire tradition ».

¹²⁵³ N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°415 et s.

¹²⁵⁴ V. en ce sens, M.-L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885, p. 6 « si dans les principes du droit romain le mot donner signifiait spécialement conférer la propriété, dans les principes du Code civil, il y a obligation de donner toutes les fois qu'on s'est obligé à transférer un droit réel, sur une chose, soit un droit de propriété, d'usufruit, de servitude, soit même un simple droit de détention, de jouissance, de gage, d'antichrèse, d'hypothèque. Il y a obligation de donner, suivant l'acception générale du mot, parce que l'obligation se ramène à l'exécution sur la chose même qui en est l'objet » ; Rappr. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878, n°187, l'obligation de donner « est celle qui a pour objet une chose ; cette chose doit être livrée au créancier, peu importe dans quel but, que ce soit pour lui en transférer la propriété, ou pour lui en donner l'usage ou la possession » ; cette analyse confond néanmoins l'obligation de donner et l'obligation de *praestare*, sur ce point, V. *Supra* n° 157 et s. De plus, certains auteurs ont pu démontrer que l'analyse extensive résultait d'une mauvaise lecture des articles 1136 et 1138 du Code civil, V. par ex. E. MASSIN, *Droit romain : du caractère pécuniaire des condamnations, Droit civil : de l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, Paris, 1893, p. 270, « l'obligation de livrer, dont il s'agit ici, ne peut être (...), que celle qui découle d'une obligation de transférer la propriété, car il serait impossible de dire sans cela, si elle découlait par exemple d'une simple obligation de procurer la jouissance, (...) qu'elle transfère à elle seule la propriété. L'obligation de donner est donc l'obligation de transférer la propriété ».

¹²⁵⁵ En ce sens, A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844, p. 372.

donner¹²⁵⁶ : « l'aspect matériel et concret de cette obligation est totalement gommé, toute l'attention est reportée sur le droit de propriété »¹²⁵⁷. Dématérialisée, cette obligation de donner s'accorde parfaitement avec le principe du transfert *solo consensu* prévu par le Code civil, l'obligation de livrer ne devenant plus qu'un accessoire du transfert. Si la doctrine semble aujourd'hui s'accorder sur le fait que cette obligation vise le transfert d'un droit¹²⁵⁸, son assiette n'en est pas moins mal définie. Premier signe de la difficulté du droit français à intégrer une telle obligation, les auteurs ne parviennent à établir de consensus sur le point de savoir si l'obligation de donner ne vise que le transfert de la propriété¹²⁵⁹ ou, plus largement, la constitution et le transfert de tout droit réel¹²⁶⁰. Une telle hésitation n'est pas uniquement le fait de la doctrine contemporaine, les romanistes n'ayant guère de position nettement tranchée sur la question¹²⁶¹. Surmontant cette difficulté, les récents avant-projets de réforme du droit des contrats proposent le maintien de l'obligation de donner et posent le principe suivant lequel elle « a pour objet l'aliénation de la propriété ou de tout autre droit »¹²⁶². Si la détermination claire de l'objet de l'obligation de donner par les projets de recodification apparaissait souhaitable, son maintien en droit positif n'est pas sans susciter la réticence de certains auteurs¹²⁶³. Sans pour l'instant trancher le débat sur l'existence de l'obligation

¹²⁵⁶ V. par ex. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°159 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, T. 2, *Contrats*, *op. cit.*, n°1006 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n°267 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, T. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°41.

¹²⁵⁷ N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°451.

¹²⁵⁸ *Contra* N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°565 et s., qui estime que l'obligation de donner en tant que catégorie « regroupe les obligations qui consistent à opérer la remise d'une chose ».

¹²⁵⁹ En ce sens, V. par ex. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, T. 3, 1^{ère} Partie, *Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n°56 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n°3 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°925 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 1996, n°676.

¹²⁶⁰ En ce sens, V. par ex. H. L. et J. MAZEAUD par M. De JUGLART, *Leçons de droit civil*, T. 2, vol. 1, *Les obligations, théorie générale*, 5^e éd., 1973, Montchrestien, n°19 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1969, p. 80 ; Ph. SIMLER, *Classification des obligations, distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire*, J.-Cl. civ. art. 1136 à 1145, fasc. 10, 19 février 2004, n°12.

¹²⁶¹ V. par ex. estimant que l'obligation de *dare* saisit le transfert de propriété mais également la constitution de tout droit réel, C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, *op. cit.*, n°507 ; Dans un sens moins large limité au seul transfert de propriété V. J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. II, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁶² Art. 112 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats et Art. 1145 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription qui énonce ensuite « ... comme dans la vente, la donation, la cession de créance ou la constitution d'usufruit ». Il peut être noté que le "projet Terré" abandonne, pour sa part, toute référence à l'obligation de donner.

¹²⁶³ V. par ex. D. MAZEAUD, *Observations conclusives*, RDC 2006, n°1, p. 177 et s., spéc. n°16, « on peut regretter (...) le maintien de l'obligation de donner, dont l'existence est

de donner, il peut être constaté qu'une telle obligation, purement intellectualisée, a un champ d'application particulièrement limité.

2. La relative efficacité de l'obligation de donner intellectualisée

245 - Une obligation « victime de sa perfection »¹²⁶⁴. Bien que souvent critique à son égard, la doctrine peine à se détacher pleinement de l'obligation de donner, « *elle hésite (...) à [la] bannir totalement (...) dans l'hypothèse du transfert instantané de la propriété, évoquant une obligation de donner qui serait exécutée à l'instant même où elle aurait pris naissance* »¹²⁶⁵. Ainsi, suivant certains auteurs, le principe du transfert de propriété *solo consensu* ne serait pas un obstacle à l'existence d'une obligation de donner¹²⁶⁶. Sa particularité résiderait dans le fait que s'exécutant en un trait de temps, concomitamment à sa naissance, elle serait indécélable, invisible¹²⁶⁷. Suivant la conception présentée, bien que la prestation du débiteur de l'obligation de donner soit imperceptible, elle existerait néanmoins. Poussant la logique de l'abstraction à son paroxysme, la prestation s'exécuterait de façon automatique, sans nécessiter une quelconque intervention matérielle¹²⁶⁸.

solennellement réaffirmée (est-ce un simple hasard ?), dans le premier article du sous-titre de l'avant-projet consacré au contrat. Il me semblait plutôt que ce mythe contractuel français ne méritait pas cet excès d'honneur et que, notamment, dans une perspective d'internationalisation et d'eupéanisation du droit des contrats, on aurait sans doute gagné à jeter cette obligation aux oubliettes de notre droit ».

¹²⁶⁴ J. HUET, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 427.

¹²⁶⁵ Ph. SIMLER, préc., n°20.

¹²⁶⁶ Rapp. Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété (le transfert volontaire des biens)*, Thèse, Paris, 2009, n°248 et s.

¹²⁶⁷ En ce sens, V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°267 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°3 ; J. CARBONNIER, op. cit., n°925, qui estime qu'en matière de corps certains, « *ces obligations ne peuvent exister qu'en théorie et le temps d'un éclair* » ; P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ. 1988, p. 673 et s., spéc. n°53 ; J. HUET, art. préc., spéc. n°5 et s. ; Y. PICOD, Rep. civ. Dalloz, V^o *Obligations*, Janvier 2009, n°31 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n°166.

¹²⁶⁸ C'est en ce sens que suivant certains auteurs, le transfert s'opère par une tradition civile, qui s'exécute de plein droit, lors de l'échange des consentements, ou au jour fixé par les parties, F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°178, spéc. p. 283 ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, préc., spéc. n°30 et s. et des mêmes auteurs, *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, JCP 1997, II, 22821.

Si une telle conception se comprend, elle semble en réalité issue d'une analyse alternative de la notion même d'obligation¹²⁶⁹. Les défenseurs de l'obligation de donner paraissent, en effet, accorder à l'obligation un sens particulièrement large. Si dans une conception "classique", il n'y a d'obligation que lorsque le débiteur est tenu de réaliser quelque chose¹²⁷⁰, les tenants de l'obligation de donner instantanée en adoptent une conception plus vaste et considèrent « *que l'objet de l'obligation peut aussi bien être une prestation concrète qu'une prestation abstraite dont la réalisation ne dépend pas d'une intervention matérielle du débiteur* »¹²⁷¹. Ils admettent donc l'éventualité d'une obligation sans possibilité de contrainte : puisque cette obligation s'exécute instantanément et intellectuellement, il ne peut y avoir inexécution. Or logiquement, s'il n'y a pas de possibilité d'inexécution, il ne peut y avoir de sanction. Dans la détermination de l'obligation, l'accent est moins mis sur la prestation que sur le lien de droit créé entre les parties. Ce n'est donc qu'en cédant à une conception large de la notion d'obligation que ces auteurs parviennent à considérer le transfert de propriété comme le véritable objet de l'obligation. L'admission d'une obligation de donner naissant et disparaissant instantanément semble ainsi intimement liée à une acception extensive de la notion d'obligation ; néanmoins, dans certaines hypothèses, l'obligation de donner apparaît plus nettement.

246 - L'éventuelle admission d'une obligation de donner en cas de retard dans le transfert de propriété. Suivant une partie de la doctrine l'obligation de donner est dotée d'un champ d'application propre lorsque le transfert du droit en cause ne peut être instantané. Aussi, est-il parfois considéré que lorsque le transfert du droit est subordonné à la réalisation d'un fait, l'obligation de donner peut être considérée comme une véritable obligation¹²⁷². L'obligation de donner prendrait corps lorsque son débiteur est tenu de réaliser quelque chose afin que le transfert de propriété puisse se réaliser. Il serait donc possible de caractériser une obligation de

¹²⁶⁹ En ce sens V. A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner – Essai sur les causes d'une controverse doctrinale*, RTD civ. 2005, p. 521 et s. spéc., n°11 et s. ; Rappr. N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°529 et s.

¹²⁷⁰ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V° *Obligation*, l'obligation est « le lien de droit (...) par lequel une ou plusieurs personnes (...) sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres » ; Rappr. la définition romaine de l'obligation, Inst. III, 13, « *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* » : « l'obligation est un lien de droit qui nous astreint à une prestation envers autrui ».

¹²⁷¹ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *préc.*, n°11.

¹²⁷² V. par ex., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n°41 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°1109 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°200 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, T.III, *les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n°61 ; P. BLOCH, *préc.*, n°55 et s. ; Ph. SIMLER, *préc.*, n°24 et s.

donner notamment lorsque le transfert du droit porte sur une chose de genre ou une chose future, celui-ci étant subordonné à l'individualisation¹²⁷³ ou lorsque le transfert de propriété a été conventionnellement reporté par les parties comme c'est le cas dans l'hypothèse de l'insertion d'une clause de réserve de propriété¹²⁷⁴. Le transfert de propriété étant retardé et donc dissocié de la conclusion du contrat, durant la période séparant ces deux instants, l'aliénateur pourrait être considéré comme débiteur d'une obligation de donner¹²⁷⁵.

Dans ces cas, il semble que l'abstraction de l'obligation de donner résulterait moins de son instantanéité que du fait qu'elle se dissimule derrière d'autres obligations lui étant subordonnées. Si l'obligation de donner a pour objet le transfert de propriété, « *à bien y regarder, on se convainc facilement qu'elle englobe un certain nombre d'obligations satellites, qui peuvent être identifiées comme telles mais qui n'auraient pas lieu d'être sans elle* »¹²⁷⁶. Se révélant à la lumière des obligations en découlant¹²⁷⁷, l'obligation de donner, dans cette conception, n'en est pas moins masquée¹²⁷⁸. Dès lors, suivant un auteur, « *s'il y a bien, (...) une obligation de*

¹²⁷³ Bien que l'individualisation ne soit pas elle-même considérée comme une obligation de donner, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°200 ; sur la nature de l'individualisation V. *Supra* n° 167.

¹²⁷⁴ En ce sens, V. G. MARTY, P. RAYNAUD par Ph. JESTAZ, *Les Sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n°549 ; F. PEROCHON, *La clause de réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, avant propos J.-M. Mousseron, préface F. DERRIDA, Litec coll. Bibl. dr. entreprise T. 21, 1988, p. 7, voit dans la consécration de l'obligation de donner lors d'une réserve de propriété une simplification didactique, « *il est plus simple, et sans inconvénient pratique, de dire d'un vendeur qui a promis le transfert mais reste temporairement propriétaire qu'il est tenu d'une obligation de donner engendrant un faisceau d'obligations ordinaires, seules directement susceptibles d'inexécution, que de recenser chaque fois cette cohorte d'obligations dont la seule finalité est de permettre la réalisation du transfert de propriété* » ; Adde, A. GHOZI, *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété*, D. 1986, chron. p. 317 et s. ; Contra J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chron. p. 1 et s.

¹²⁷⁵ V. par ex. les explications de D. MAINGUY, *Le droit de l'acquéreur dans la vente avec transfert de propriété retardé*, JCP. éd. N. 1996, p. 501 et s., « *l'acquéreur d'un immeuble dont le transfert de propriété est retardé au moment de la réitération de l'acte en sa forme authentique dispose d'une créance immobilière de donner. L'acquéreur peut, alors, exiger l'exécution forcée de l'obligation de donner et point se contenter d'une indemnisation liée à l'inexécution d'une obligation de faire : se rendre chez le notaire et signer l'acte* ».

¹²⁷⁶ J. HUET, préc., n°8, après avoir exclu de la réflexion les obligations de délivrance et de conservation qui existent dans les contrats non translatifs de propriété, l'auteur estime que « *les obligations que l'on peut vraiment considérer comme des satellites de l'obligation de donner (...) sont celles ayant pour objet de conforter la propriété* » (n°9) dont la remise des titres de propriété, des clés, le certificat attestant l'absence de sûretés réelles, ou encore la garantie d'éviction.

¹²⁷⁷ Rappr. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, op. cit., n°336, qui estime que la délivrance ne pouvant être qualifiée d'obligation principale, mais uniquement accessoire, seule « *l'admission générale d'une obligation de donner permet de conférer à la vente son véritable caractère de contrat synallagmatique sans modifier la définition de l'article 1102 du Code civil* ».

¹²⁷⁸ Selon l'expression de N. PRYBYS-GAVALDA, op. cit., n°526 et s.

transférer la propriété et si l'on peut admettre qu'elle représente le but même, la cause de l'opération, il ne faut pas perdre de vue que cette obligation n'existe pas, si l'on peut dire, à l'état pur »¹²⁷⁹, ainsi, l'obligation de donner « se trouve occultée par l'obligation préalable de faire »¹²⁸⁰.

Les efforts déployés par la doctrine pour tenter de démontrer l'effectivité de l'obligation de donner en droit positif peuvent convaincre. Pour autant, son admission ne relève pas de l'évidence même : parfois elle ne naît que pour disparaître instantanément, et parfois elle se cache derrière l'exécution d'une autre obligation. Ne prenant jamais corps sous la forme d'une quelconque prestation et ne pouvant par conséquent jamais être exécutée, elle « *n'a pratiquement aucune portée* »¹²⁸¹. L'obligation de donner semble donc devoir être rejetée, ou, en tout cas ne mérite pas l'importance qui lui est accordée en tant qu'obligation autonome.

B. Le rejet de l'obligation de donner

247 - Une obligation dénuée d'intérêt¹²⁸². Les arguments déployés pour maintenir l'obligation de donner en droit français semblent vains. Ainsi a pu être invoqué le fait que sans obligation de donner, l'obligation de payer le prix dans la vente n'aurait pour cause que la délivrance¹²⁸³. L'analyse paraît parcellaire ; pourquoi ne serait-il pas concevable que la cause du paiement du prix soit découverte à la fois dans l'obligation de délivrance du vendeur et dans l'effet légal du contrat ?¹²⁸⁴ L'obligation de donner serait donc un « *mythe* »¹²⁸⁵. À plus d'un titre l'affirmation est convaincante, frustrante intellectuellement (1) et sans véritable utilité pratique (2), elle ne peut se maintenir en droit positif.

¹²⁷⁹ Ph. SIMLER, préc., n°28.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations – Contrat*, op. cit., n°1010.

¹²⁸² V. Ph. MALAURIE, *Rapport de synthèse*, in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, colloque Montpellier, Cahiers dr. Entr. 1995/5, p. 50, l'obligation de donner « *ne sert à rien, ce n'est pas la peine. Les débats sur la nature juridique sont des débats utiles quand il y a un intérêt concret en cause. Là, je n'en vois aucun* ».

¹²⁸³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°187.

¹²⁸⁴ En ce sens, V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°474 ; Rapp. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°5, « *la cause du paiement ne réside pas toujours dans une obligation. Ainsi dans une vente, l'acheteur paie pour devenir propriétaire, ce qui ne résulte pas de l'exécution d'une obligation* ».

¹²⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, préc.

1. Le rejet théorique : l'incompatibilité entre l'automatisme du transfert et l'obligation

248 - L'inconcevabilité d'une obligation de donner. L'affirmation est topique et est défendue par la majorité de la doctrine contemporaine : le transfert de propriété s'effectuant automatiquement, il n'est point besoin d'avoir recours au mécanisme de l'obligation pour saisir un effet qui se réalise *solo consensu*¹²⁸⁶. Une fois le contrat conclu, cet effet échappe à la volonté des parties et ne peut donc constituer l'objet d'une obligation¹²⁸⁷. C'est véritablement en contemplation de la totale absence de prise en compte de la volonté dans l'exécution de "l'obligation" que se cristallise la critique. En admettant que l'obligation puisse porter sur une totale abstraction, la fiction sur laquelle repose la doctrine des tenants de l'obligation de donner, suivant laquelle cette obligation naîtrait et disparaîtrait à ce même moment, ne semble pas, en soi, poser de problème. C'est plutôt l'automatisme « *proprement inhumain* »¹²⁸⁸ du transfert de droit qui dérange. Se réalisant sans le concours de son débiteur qui ne peut plus exprimer sa volonté d'exécuter ou non l'obligation qu'il a contractée, elle apparaît inexécutable et totalement impersonnelle¹²⁸⁹.

La reconnaissance d'une obligation de donner produisant un effet automatique semble ainsi être de nature à nier le rôle de la volonté dans l'exécution du contrat¹²⁹⁰. Partant du principe posé par un auteur suivant lequel la volonté et le consentement ne peuvent être tenus pour synonymes¹²⁹¹, il peut être affirmé que l'échange des

¹²⁸⁶ V. par ex. B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, op. cit.*, n°277 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, n°157, qui affirment que « *s'il faut rechercher quelque part l'obligation de donner, c'est au Panthéon des obligations* » ; A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n°131 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations - Contrat, op. cit.*, n°1006 et s., ; M. FABRE-MAGNAN, art. préc. ; D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix)*, D. 1992, chron. p. 67 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733 et s.

¹²⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, art. préc., n°5.

¹²⁸⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, n°157, note 582.

¹²⁸⁹ L. AYNÈS, *La cession de contrat*, Economica, 1984, n°265, « *le transfert d'un droit réel est (...) une opération abstraite, car il ne se manifeste pas extérieurement, mais se constate par une simple appréciation intellectuelle ; impersonnelle, car le transfert lui-même s'opère sans la médiation de la volonté et de l'activité du débiteur de l'obligation. C'est pourquoi l'obligation de donner est par nature insusceptible d'une exécution forcée ; elle est toujours exécutée, dès lors qu'elle est née. Aussi, est-ce peu de dire que les obligations de donner "sont rares..." elles sont, en réalité, inexistantes* ».

¹²⁹⁰ V. la démonstration de A.-S. COURDIER-CUISINIER, art. préc., n°13 et s.

¹²⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995, p. 573 et s.

consentements – créant le contrat et donnant naissance à l'obligation de transférer la propriété – ne saurait être suffisamment efficace pour emporter l'exécution de cette obligation. La volonté peut être définie comme la manifestation pour une personne de « *sa puissance, [de] sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté* »¹²⁹² ; le consentement, quant à lui, s'analyse comme le « *signe d'une sorte de capitulation* »¹²⁹³. Dès lors, le consentement étant impuissant dans l'exécution de l'obligation, elle ne peut être que le fruit de la volonté. L'exécution exige, en effet, « *un acte de volition distinct de la conclusion même du contrat [et], d'autre part un fait ou une prestation matérielle de la part du débiteur* »¹²⁹⁴. Or aucun de ces éléments ne peut être découvert à l'occasion de l'exécution d'une obligation de donner. Le transfert de propriété se réalisant automatiquement, il ne peut donc être l'objet d'une exécution volontaire¹²⁹⁵, et, partant, n'apparaît pas pouvoir être l'objet d'une obligation. L'obligation de donner n'aurait dès lors pas d'existence propre, le transfert de propriété ne pouvant alors qu'être qualifié d'effet du contrat.

249 - Les conséquences théoriques de l'inexistence d'une obligation de donner. Ne pouvant être qualifiée d'obligation, la réalisation du transfert de propriété ne peut pour autant être niée. Celui-ci apparaît comme étant un effet du contrat prévu par la loi : il « *est toujours un effet légal, automatique du contrat, il a lieu de plein droit (...). Or il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie* »¹²⁹⁶. Une telle qualification ne remet en aucun cas en cause l'effectivité du transfert qui ne peut, lorsqu'il s'est réalisé, être contesté : « *le propriétaire initial ne [peut] plus, une fois le contrat conclu, s'opposer au transfert ainsi consenti lequel pourrait alors le cas échéant être imposé par le juge* »¹²⁹⁷. Exclu du champ obligationnel mais néanmoins prévu par le

¹²⁹² M.-A. FRISON-ROCHE, préc., n°2.

¹²⁹³ *Ibid.*, et l'auteur de poursuivre, qu'« *il y a toujours de l'aliénation dans un consentement* » ; Adde, M. FABRE-MAGNAN, préc. n°8, le transfert de propriété « *n'est certainement pas une obligation pesant sur le vendeur, puisque ce dernier n'a pas de prise réelle sur l'obligation qu'il va déclencher* ».

¹²⁹⁴ Ph. SIMLER, préc., n°20 ; sur l'aspect intentionnel de l'exécution et donc du paiement, V. *Infra*, n° 297.

¹²⁹⁵ V. pour une illustration, Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, Bull. civ. I, n°39 ; JCP 1994, II, 22195, note I. PÉTEL-TEYSSIE : RTD civ. 1994, p. 132, obs. F. ZÉNATI-CASTAING, qui casse, au visa de l'article 1138 du Code civil, un arrêt ayant décidé qu'à l'occasion d'une dation en paiement, le transfert de propriété était subordonné à la réception effective du bien, donc à une véritable exécution ; Rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n°361.

¹²⁹⁶ M. FABRE-MAGNAN, préc., n°5 ; *Contra* J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, préc., qui estiment que « *qualifier le transfert de propriété d'effet légal n'explique rien, car tout effet du contrat est un effet légal* ».

¹²⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, préc., n°15.

contrat, le transfert de propriété prend donc les traits d'un effet de la force obligatoire de la convention : si en matière de transfert, l'aliénateur « *n'est obligé à rien, il n'en est pas moins tenu par le contrat* »¹²⁹⁸. S'étant soumis à la convention, le vendeur doit la respecter.

Le rejet de l'obligation de donner peut néanmoins conduire à une impasse textuelle, il est, en effet, indéniable que cette obligation est présente dans le Code civil, celui-ci affirmant d'ailleurs que « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet (...) par l'effet des obligations* »¹²⁹⁹. Aussi, suivant certains auteurs, le rejet d'une obligation de donner et parallèlement le rejet d'un transfert de propriété par l'effet d'une obligation serait de nature à remettre en cause le principe même de l'acquisition dérivée : « *si le transfert contractuel devait avoir pour cause directe une décision de la loi, décrétant l'acquisition de la propriété par l'acquéreur sur la seule base de l'existence d'un contrat translatif, de l'échéance d'un terme ou de la réalisation d'une condition, un tel transfert ne constituerait plus l'effet de l'obligation, et il n'y aurait plus d'acquisition dérivée* »¹³⁰⁰. Il est néanmoins classiquement affirmé que les codificateurs tenaient les termes "obligation" et "convention" pour synonymes¹³⁰¹. Aussi est-il tentant de considérer qu'à l'article 1136¹³⁰², relatif à l'obligation de donner, le Code traiterait en réalité de la "convention de donner"¹³⁰³, c'est-à-dire la convention emportant un transfert de droit réel. Partant de ce constat, le projet de réforme du droit des contrats élaboré sous la direction de François TERRÉ propose de supprimer la référence à l'obligation de donner, sans néanmoins bouleverser le modèle français. Il insère ainsi un paragraphe consacré à « *l'effet translatif du contrat* » et dispose que « *dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat* »¹³⁰⁴. Suivant cette

¹²⁹⁸ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc., n°19.

¹²⁹⁹ Art. 711 C. civ.

¹³⁰⁰ T. REVET, *Fraude paulienne à la créance de donner*, RTD civ. 2006, p. 343, obs. sous Cass. com. 10 janvier 2006, inédit pourvoi n° 04-18395.

¹³⁰¹ Comme en atteste notamment le titre III du livre III du Code civil intitulé « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* », (nous soulignons).

¹³⁰² Art. 1136 C. civ., « *l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier* ».

¹³⁰³ En ce sens, V. MARCADÉ, *Explication du Code civil*, T. IV, 7^e éd., 1873, Paris, Delamotte et fils, n°478, « *l'obligation de transférer la propriété d'un corps certain, (...) n'est plus possible sous le Code civil ; et l'obligation de donner, dont parle notre article [1136] et la rubrique de la section, n'est dès lors rien autre chose que la convention de donner : c'est encore un résultat de la synonymie si fâcheuse que les rédacteurs ont établie entre les mots convention et obligation* » ; Rappr. M. FABRE-MAGNAN, préc., n°16 et s. qui propose de raisonner « *en termes de contrat translatif de propriété plutôt qu'en termes d'obligation de donner* ».

¹³⁰⁴ *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. TERRÉ, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, art. 93., V. les explications de Ph. RÉMY, p. 249 et s. Une telle conception semble largement inspirée du Code civil du Québec qui traite du transfert de propriété comme

conception, le transfert de propriété ne constitue pas un effet de l'obligation, mais plutôt un effet du contrat. Théoriquement, l'obligation de donner ne semble guère présenter d'intérêt en droit positif ; une telle affirmation est, d'ailleurs, confortée par son absence d'utilité pratique.

2. Le rejet pratique : le faible rayonnement jurisprudentiel de l'obligation de donner

250 - L'éphémère essor de l'obligation de donner en matière de détermination du prix. Si la jurisprudence en matière d'obligation de donner n'est guère abondante, trois arrêts rendus par la Chambre commerciale en 1991¹³⁰⁵ en matière de détermination du prix dans les contrats de distribution où existe un contrat cadre, avaient, un temps, jeté le trouble et redonné une certaine vigueur à cette obligation. Étape d'une évolution jurisprudentielle qui est, semble-t-il, aujourd'hui achevée¹³⁰⁶, ces arrêts affirmaient en substance que « *dans les contrats n'engendrant pas une obligation de donner, l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel de la formation de ces contrats* »¹³⁰⁷. Sans entrer dans le débat sur l'exigence d'un prix déterminable, la solution, en ce qu'elle se référait à l'obligation de donner, était critiquable. Bien que les Hauts magistrats ne lui aient pas donné corps expressément, l'interprétation *a contrario* d'une telle position, suggérée par la Chambre commerciale, tendait à accorder un rôle

d'un effet particulier du contrat à l'article 1453 en disposant que « *le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix* », et le second alinéa d'ajouter que « *le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien* ».

¹³⁰⁵ Cass. com. 22 janvier 1991, Bull. civ. IV, n°36, D. 1991, p. 175, concl. M. JEOL ; D. 1991, somm. p. 249, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS de LEYSSAC ; JCP 1991, II, 21679, note G. VIRASSAMY ; Cass. com. 29 janvier 1991, Bull. civ. IV, n°43, JCP 1991, II, 21751, note L. LEVENEUR ; Cass. com. 2 juillet 1991, Bull. civ. IV, n°250, D. 1991, p. 501, note Ph. MALAURIE ; Adde, D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale en matière de détermination du prix)*, D. 1992, chron. p. 67 ; D. FERRIER, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif*, D. 1991, chron. p. 237 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *L'indétermination du prix*, RTD civ. 1992, p. 269.

¹³⁰⁶ Depuis Cass. A. P. 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), Bull. A.P. n°7, 8 et 9, qui affirme que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix, JCP 1996, II, 22565, concl. M. JEOL et note J. GHESTIN ; Defrénois 1996, p. 747, obs. Ph. DELEBEECQUE ; LPA 27 décembre 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; CCC 1996, n°1, obs. L. LEVENEUR ; D. 1996, p. 13, note L. AYNÈS.

¹³⁰⁷ Telle est la formulation de l'arrêt du 2 juillet 1991, préc.

de qualification à l'obligation de donner. Elle permettait ainsi d'entériner son existence et d'en préciser le régime. L'exigence de détermination du prix n'apparaissait comme une condition essentielle de validité de l'accord que dans les contrats emportant une obligation de donner. Vivement critiquée, une telle position semblait dévoyer la fonction de l'obligation en elle-même en lui attribuant un rôle de qualification¹³⁰⁸. Ainsi, la Cour opérait une distinction entre les contrats de distribution qui engendraient des obligations de faire et les contrats d'approvisionnement exclusif donnant, quant à eux, naissance à une obligation de donner ; seuls ces derniers étant susceptibles d'une annulation en raison d'une absence de stipulation du prix. Si la distinction en elle-même paraît critiquable¹³⁰⁹, le raisonnement mené pour y parvenir l'est tout autant : en effet, dans cette conception, c'est la nature des obligations qui dicte la qualification et non l'inverse. Par ailleurs, une telle jurisprudence avait pour effet d'entraîner une application distributive de l'article 1129 du Code civil aux seuls contrats emportant une obligation de donner. Or il est admis que cet article a vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats, une application aux seuls contrats emportant une obligation de donner apparaissait, dès lors, purement contraire à la maxime « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ». Il semble donc que c'est à raison que la Cour de cassation, cédant aux critiques de la doctrine, a rapidement abandonné la référence à l'obligation de donner en matière de détermination du prix¹³¹⁰. Le cheminement menant à l'exclusion de l'obligation de donner en matière de détermination du prix est d'ailleurs symptomatique de la réticence de la jurisprudence à consacrer clairement une telle obligation.

251 - Le rejet du recours à l'obligation de donner dans les promesses synallagmatiques¹³¹¹. À l'occasion d'une vente, essentiellement en matière

¹³⁰⁸ D. TALLON, préc., n°4, « des arrêts du 22, du 29 janvier et du 2 juillet 1991, il ressort que l'obligation de donner a une fonction de qualification en ce sens qu'elle fonde une distinction entre les contrats, distinction qui permet ensuite un cantonnement des articles 1121 et 1591 aux seuls contrats engendrant une obligation de donner ».

¹³⁰⁹ Sur la critique de la distinction, V. not. L. LEVENEUR, *Des contrats cadre en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le reflux et ses limites*, CCC. mai 1991, p. 1 et s. ; D. TALLON, préc., n°4, « ces montages contractuels ont tous le même but : assurer l'achat ou la vente d'un produit (quand il s'agit de vente, ce qui n'est pas toujours le cas). Et il n'y a pas lieu alors de distinguer selon la place qu'y occupe l'obligation de donner ».

¹³¹⁰ V. dans un premier temps Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 348 ; JCP G 1995, II, 22371, note J. GHESTIN ; JCP éd. E 1995, II, 662, obs. L. LEVENEUR ; D. 1995, p. 122, note L. AYNÈS ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. MESTRE. Defrénois 1995, p. 335, obs. Ph. DELEBECQUE. Puis, A. P. 1^{er} décembre 1995, préc.

¹³¹¹ La présence d'une obligation de donner dans les promesses unilatérales de contrat a parfois été défendue, en ce sens, P. BLOCH, art. préc. spéc. n°34 et s. ; G. SEAUMAIRE, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse, Chambéry, 2004, n°47 et s. Il est toutefois possible de rejeter cette analyse si l'on refuse de considérer que la promesse unilatérale emporte une quelconque obligation à la charge du promettant. Sur ce point, V. *Supra* n° 168.

immobilière, le transfert de propriété est souvent retardé à la signature d'un acte authentique¹³¹². Or il est parfois affirmé que durant la période précédant la conclusion de l'acte sous seing privé – qui peut s'analyser comme une promesse synallagmatique de vente¹³¹³ – et la signature de l'acte, le vendeur est tenu d'une obligation de donner¹³¹⁴. L'analyse a, un temps, semblé être remise en cause par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 avril 1979¹³¹⁵ retenant que lorsque le transfert de propriété est reporté à la signature d'un acte authentique, les vendeurs « *n'étaient tenus jusqu'à la signature de l'acte notarié que d'une obligation de faire qui ne pouvait engendrer (...) qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts* ». Une telle solution pouvait toutefois être jugée critiquable puisqu'elle subordonnait la validité du contrat à la conclusion de l'acte notarié. Or seul l'effet translatif du contrat était véritablement reporté à ce jour. Aussi, la Cour de cassation est-elle revenue sur cette solution en cassant une décision d'appel ayant appliqué la solution précédente¹³¹⁶. Prolongeant le raisonnement, les Hauts magistrats ont ensuite pu affirmer, indirectement, que l'obligation du vendeur avant la réitération par acte authentique ne s'analysait pas en une obligation de faire, ouvrant ainsi droit à l'exécution forcée¹³¹⁷. L'interprétation *a contrario* de cet arrêt conduit nécessairement les tenants de l'obligation de donner à la caractérisation d'une telle obligation au sein de la promesse synallagmatique : si l'obligation du promettant ne peut être une obligation de faire, elle ne peut être qu'une obligation de donner. Une telle interprétation ne relève néanmoins pas de l'évidence même. Il est, en effet, possible de noter que si la Cour de cassation exclut l'obligation de faire, elle ne vise jamais directement l'obligation de donner lorsqu'elle ordonne l'exécution forcée.

Afin de décrire le mécanisme de la promesse synallagmatique valant vente, détachée de toute obligation de donner, une distinction doit être opérée. Dans la première hypothèse, les parties n'ont recours à l'acte notarié que pour

¹³¹² V. par ex. J.-L. BERGEL, *La vente d'immeubles existants*, Litec, 1982, n°460 et s. ; J SCHMIDT-SZALEWSKI, *Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière*, RD imm. 1989, p. 147 ; F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, Litec, 2^e éd., 2007, n°338 et s.

¹³¹³ Dans cette hypothèse la promesse synallagmatique de vente vaut vente, puisque seul l'effet du contrat et non sa perfection est reporté à la signature de l'acte authentique.

¹³¹⁴ V. not. P. BLOCH, préc., n°38 et s. ; Ph. SIMLER, préc., n°49 ; D. MAINGUY, J.-Cl. Civil Code, art. 1589, fasc. 10, *Promesse synallagmatique de vente*, 10 mars 2005, n°33.

¹³¹⁵ Cass. civ. 3^e, 2 avril 1979, Bull. civ. III, n°84, JCP 1981, II, 19697, note M. DAGOT ; JCP éd. N. 1980, II, 97, note H. THUILLIER ; V. déjà, Cass. civ. 3^e, 22 mars 1968, Bull. civ. III, n°129, D. 1968, p. 412, note J. MAZEAUD ; JCP 1968, II, 15587, note A. PLANCQUEEL ; RTD civ. 1968, p. 564, obs. J.-D. BREDIN.

¹³¹⁶ Cass. civ. 3^e, 5 janvier 1983, Bull. civ. III, n°7, JCP 1984, II, 20312, note H. TUILLIER ; RTD civ. 1983, p. 550, obs. Ph. RÉMY ; D. 1983, jurisp. p. 617, note P. JOURDAIN.

¹³¹⁷ Cass. civ. 3^e 20 décembre 1994, Bull. civ. III, n°229, JCP 1995, II 22491, note C. LARROUMET.

l'accomplissement des formalités de publicité foncière. Dans cette situation, la vente est réalisée dès l'échange des consentements et le transfert de propriété s'opère automatiquement excluant ainsi toute obligation de donner. Dans la seconde hypothèse, les parties conviennent de retarder les effets de la vente à la rédaction d'un acte authentique : le contrat existe, mais il ne produira ses effets que plus tard, lors de la signature de l'acte devant le notaire. Dès lors, comme le note un auteur, il n'y a pas d'obligation de faire consistant en la réitération du consentement puisque celui-ci a déjà été donné¹³¹⁸, la seule obligation de faire consistant à « *se rendre chez le notaire et d'y signer l'acte de vente, ce qui ne constitue pas, à proprement parler, une réitération qui serait nécessaire pour qu'il y ait vente* »¹³¹⁹. Or une telle obligation est parfaitement susceptible d'une exécution forcée, les juges pouvant rendre un jugement valant acte¹³²⁰. Dès lors, il est possible de douter que ce soit l'obligation de donner que l'exécution forcée sanctionne : le transfert de propriété découlant automatiquement de la signature de l'acte.

252 - Synthèse. L'obligation de donner semble pouvoir être écartée du système juridique français. Cette obligation porte aujourd'hui sur le transfert de la propriété, ou plus largement sur le transfert d'un droit réel. Elle n'apparaît donc pas en mesure de régir les obligations portant sur le mouvement matériel des choses. Au mieux, la remise est une conséquence du transfert de droit mais l'une et l'autre peuvent exister indépendamment : toute remise ne suit pas le transfert d'un droit et parallèlement tout transfert de droit n'emporte pas une remise de la chose. Par ailleurs, si les thèses développées en vue de démontrer l'efficacité de l'obligation de donner sont parfois séduisantes, elles ne permettent guère d'en consacrer matériellement une véritable existence. Dissimulée derrière l'exécution d'une obligation de faire¹³²¹ ou ne prenant pas corps en raison de l'automaticité du transfert de propriété, l'obligation de donner pêche par manque de véritable autonomie. Le mouvement de rejet de cette obligation paraît également confirmé par la jurisprudence qui peine à en consacrer l'existence ou qui la rejette expressément. Des catégories "classiques" d'obligations, seules les obligations de faire, dont le champ d'application est pourtant flou, semblent se maintenir en droit positif.

¹³¹⁸ C. LARROUMET, note préc., n°8.

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 23 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 39, D. 1992, p. 457, note I. NAJJAR ; CCC. 1991, n° 74, obs. L. LEVENEUR. Rapp. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733, n°29, « l'acheteur puise (...) dans sa qualité de contractant le droit d'exiger la constatation du transfert de propriété lorsque le vendeur refuse de signer l'acte authentique ».

¹³²¹ Ou de *praestare*.

§ 2. Les obligations de faire, catégorie refuge ?

253 - L'impossible systématisation des obligations de faire ? À l'image de l'obligation de donner, l'obligation de faire n'est pas définie par le Code civil, celui-ci se contentant, en effet, aux articles 1142 et suivants d'en déterminer un embryon de régime. Grande est la tentation de faire rentrer dans cette qualification toutes les obligations : que les obligations de donner soient reconnues ou non, un système n'intégrant pas une véritable classification tripartite des obligations par leur objet entraîne nécessairement une définition extensive de ce type d'obligations. Suivant la conception extensive de l'obligation de faire, pourraient être qualifiées de la sorte toutes les obligations ne portant pas sur le transfert d'un droit (A). Succombant à une telle analyse la catégorie des obligations de faire devient dès lors particulièrement hétérogène. Aussi, l'intégration d'une obligation de *praestare* aux côtés de celle de *facere* permettrait-elle de rendre à cette classification un véritable sens et une certaine cohérence. Un critère rationalisant les obligations de faire et en permettant une véritable systématisation doit donc être découvert (B).

A. L'interprétation extensive de l'obligation de faire

254 - Les errements induits par l'interprétation extensive. Partant du principe que les obligations de donner n'existent pas, les obligations de faire sont dotées d'un champ d'application particulièrement étendu. Dans cette conception, bien qu'étant de nature particulièrement différente, toutes les obligations relèveraient du *facere*. La situation pourrait ne pas poser de problèmes si le régime applicable à l'ensemble des obligations, notamment quant aux sanctions de l'inexécution, était uniforme. Or il est classiquement enseigné et retenu en jurisprudence que contrairement à lettre du Code, certaines obligations de faire sont susceptibles d'exécution en nature. La situation paraît donc inextricable : l'interprétation extensive de la notion d'obligation de faire est nécessaire faute de véritable division des obligations (1). Pour autant, retenir une telle analyse conduit à l'éclatement du régime de cette obligation et à la négation de la portée de l'article 1142 du Code civil (2).

1. Les éléments de définition de l'obligation de faire

255 - Le *facere* classiquement opposé au *dare* : les éléments de définition de l'obligation de faire. L'obligation de faire est classiquement perçue comme toute obligation ne pouvant être considérée comme une obligation de donner. Aussi n'est-ce que négativement que l'obligation de faire peut être dans un premier temps appréhendée puisqu'elle « *ne peut être définie que par opposition à l'obligation de donner* »¹³²². Dès lors, puisque les obligations de donner, dans la conception traditionnelle sont les obligations portant sur le transfert ou la création d'un droit réel, l'ensemble des autres obligations seraient des obligations de faire¹³²³. Une fois le principe de la distinction établi, une définition plus précise peut être posée : l'obligation de faire tend à l'accomplissement d'une prestation positive¹³²⁴, la réalisation d'un fait par le débiteur¹³²⁵.

La généralité d'une telle analyse a pu amener certains auteurs à nier l'intérêt pratique de la distinction entre obligation de faire et obligation de donner. Aussi, pouvaient-ils affirmer que si, dès le droit romain, « *les obligations de donner ont été mises à part, c'est seulement parce qu'elles sont les plus fréquentes et les plus importantes de toutes, et peut être aussi parce que les habitudes du langage ordinaire conduisaient à ce résultat* »¹³²⁶. L'affirmation n'est néanmoins pas exempte de tout reproche¹³²⁷ mais a, semble-t-il, jeté les bases d'une théorie visant l'absorption de

¹³²² C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, 4^e éd., 1998, n°65 ; Rappr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°159, « *les obligations positives qui ne sont pas des obligations de donner, s'appellent obligation de faire* ».

¹³²³ Rappr. E. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*, T.II, *Le Droit classique et le droit du Bas-Empire*, Plon, Marescq, 1902, p. 322, qui estime que dès le droit romain l'obligation de *facere* a pour objet « *tout acte autre que la création d'un droit réel ou d'un transfert de propriété* ».

¹³²⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n°3.

¹³²⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 11 *Des obligations*, T. I, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, n°429 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, *op. cit.*, p. 6 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°297 ; Rappr. J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 80, « *le débiteur d'une obligation de donner est tenu de réaliser une aliénation, alors que le débiteur d'une obligation de faire est tenu d'accomplir un simple fait* ».

¹³²⁶ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. II, *op. cit.*, n°507, selon l'auteur, les obligations de *dare* n'ont pas un « *effet qui manque à toute obligation de faire* », et réciproquement les obligations de *facere* n'ont pas un effet qui manque à toute obligation de donner.

¹³²⁷ S'il ne semblait guère exister de régime spécifique en matière d'exécution forcée – puisqu'il est classiquement enseigné que ce remède n'était alors pas admis (V. toutefois, *Infra*, n°323 et s.) – deux critères de distinction entre *dare* et *facere* pouvaient alors être relevés. Tout d'abord, alors que les obligations de donner étaient divisibles, les obligations de faire étaient indivisibles, (V. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Plon, LGDJ, 2^e éd., 1928). Ensuite,

l'obligation de donner par les obligations de faire¹³²⁸, voire le rejet des obligations de donner. Dans un système n'intégrant pas de façon explicite l'obligation de *praestare*, les obligations de faire seraient ainsi la seule catégorie d'obligation au sein des obligations en nature. C'est, en substance, le choix qui a été fait par le Code civil du Québec, qui dispose que « *l'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose* »¹³²⁹. Présentées de la sorte, les obligations de faire n'apparaissent pas comme une catégorie résiduelle définie uniquement au regard des obligations de donner. Le mouvement d'amplification du rayonnement de l'obligation de faire paraît d'autant plus important qu'il est possible de considérer que les obligations de ne pas faire doivent être considérées comme une simple subdivision des obligations de faire.

256 - L'inéluctable rapprochement des obligations de ne pas faire et des obligations de faire. « *Ne pas faire, c'est encore faire* »¹³³⁰, le constat dressé par le Doyen CARBONNIER est saisissant et dénote avec force l'absence d'autonomie de l'obligation de ne pas faire par rapport à l'obligation de faire¹³³¹. Classiquement définie comme une abstention exigée du débiteur¹³³² qui doit ainsi s' « *abstenir d'un acte matériel ou juridique donné* »¹³³³, l'obligation de ne pas faire peine à s'émanciper du joug de l'obligation de faire. Différents arguments semblent, en effet, permettre l'assimilation de ces deux notions. Historiquement tout d'abord, les textes romains traitant de la substance des obligations ne distinguaient guère entre *facere* et *non*

il ressort de certains textes que l'obligation de *dare*, était parfois *certa* et parfois *incerta*, alors que l'obligation de faire était toujours *incerta* (V. par ex. D, 45, 1, 75, 7).

¹³²⁸ En ce sens, V. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface P. MAYER, LGDJ, 1992, n°219, « *il n'est pas certain que l'obligation de donner se distingue très bien de l'obligation de faire : transférer la propriété revient à faire quelque chose, au sens d'obligation de faire. Même si l'on désire marquer la spécificité de ce transfert en l'érigeant en catégorie à part, il n'en reste pas moins que conceptuellement, l'obligation de donner fait partie intégrante des obligations de faire* » ; Rapp. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n°1093 et s., qui distingue entre obligations positives (les obligations de faire) et obligations négatives (les obligations de ne pas faire).

¹³²⁹ C. civ. Québec, art. 1373, *Adde*, J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, Yvon Blais, 1998, 5^e éd., n°27 ; Rapp. avec l'art. 60 al. 1^{er} des propositions de réforme du droit des contrats (Projet Terré) qui dispose que « *l'obligation a pour objet une prestation consistant à faire ou à ne pas faire* ».

¹³³⁰ J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°925.

¹³³¹ En ce sens, V. par ex., Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°88 ; *Contra*, J. TAXIL, *La singularité de l'obligation de ne pas faire*, Thèse, Aix en Provence, 2003, spéc. n°83 et s.

¹³³² V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XI, *Des obligations*, T. I, *op. cit.*, n°429 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°267. Les exemples les plus significatifs semblent être la clause de non-concurrence ou encore la clause de non-construction.

¹³³³ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°92.

*facere*¹³³⁴, l'obligation de *facere* comprenant non seulement les faits positifs mais également les abstentions¹³³⁵. Une telle présentation a ensuite été reprise par POTHIER qui, n'opposant que les obligations de donner et de faire, estimait que « *les obligations de faire comprennent aussi celles par lesquelles quelqu'un s'est obligé de ne pas faire quelque chose* »¹³³⁶. Ensuite, bien que l'obligation de ne pas faire présente certaines spécificités¹³³⁷, son régime juridique et plus particulièrement la lettre de l'article 1142 du Code civil¹³³⁸, la rapproche inéluctablement de l'obligation de faire¹³³⁹. Enfin, il est envisageable de considérer qu'en se soumettant à une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire lorsqu'un débiteur s'oblige à ne pas réaliser une prestation, il réalise néanmoins positivement quelque chose : ne pas faire n'est donc pas ne rien faire.

L'affirmation peut surprendre mais il n'est pas évident que les obligations de ne pas faire emportent une véritable passivité, une inactivité de leur débiteur¹³⁴⁰, au contraire, c'est la résistance du débiteur qui semble recherchée¹³⁴¹. Ainsi, par exemple, lorsque des parties insèrent dans leur contrat une clause de non concurrence, l'objet de cette stipulation apparaît, au premier regard, comme une

¹³³⁴ GAIUS, IV, 2, « *in personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare, facere, praestare oportere* » : « *il y a action personnelle, chaque fois que nous agissons avec autrui, qui est obligé envers nous soit à la suite d'un contrat, soit à la suite d'un délit, à donner, à faire ou à fournir* » ; D. 44, 7, 3, « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » : « *la nature des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'un effet ou d'un droit, mais à obliger quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à mettre à notre disposition quelque chose* » ; Adde, H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 1998, 4^e éd., V^o *facere*, « *en droit romain comme de nos jours, la catégorie des obligations de faire comprend aussi les obligations de ne pas faire (...)* ».

¹³³⁵ C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre De praescriptis verbis au Digeste*, Paris, Cotillon et fils, 2^e éd., 1873, 2^e conférence, p. 20.

¹³³⁶ R.-J. POTHIER, *Œuvres*, T.II, *Traité des obligations et de la prestation des fautes*, par M. BUGNET, *op. cit.*, n°178 ; il n'est d'ailleurs pas exclu que cette conception ait été celle des codificateurs. L'article 1126 semble ainsi opposer les obligations de donner aux obligations de faire et de ne pas faire, l'emploi de la conjonction "ou" (« *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ») appuyant une telle analyse.

¹³³⁷ Tel est notamment le cas de l'article 1145 du Code civil qui dispense le créancier d'une obligation de ne pas faire inexécutée de mettre en demeure son débiteur, V. par ex. Cass. civ. 3^e, 25 octobre 1968, Bull. civ. III, n°414, JCP 1969. II. 16062, note M. PRIEUR.

¹³³⁸ « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

¹³³⁹ En ce sens, V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, préc., n°23, qui estime que la distinction « *n'est pas fondamentale car elle n'entraîne pas de conséquences majeures sur le régime respectif de ces deux types d'obligations* ».

¹³⁴⁰ *Contra*, par ex. C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n°68, qui estime qu'il s'agit d'une « *obligation purement négative ou passive* ».

¹³⁴¹ L'idée est proposée par Ph. JACQUES, *Cours de Master 2 Droit des contrats, La formation du contrat*, Chambéry, 2006-2007.

obligation de ne pas faire puisqu'elle a pour objectif d'empêcher son débiteur « *de travailler pour le compte d'une entreprise concurrente de son ancien employeur* »¹³⁴². Néanmoins, il peut également être considéré que le débiteur de la clause de non concurrence ne doit pas rester passif ; au contraire il doit résister à d'éventuelles offres des entreprises concurrentes. Aussi, semble-t-il que derrière chaque obligation de ne pas faire se dissimule une obligation de faire¹³⁴³. Autrement dit, l'obligation de ne pas faire ne serait que la formulation négative d'une obligation positive de faire¹³⁴⁴. Par ailleurs, l'exécution de nombreuses obligations de ne pas faire impose, en réalité des prestations positives et donc des obligations de faire¹³⁴⁵. Dans ces hypothèses « *la désignation d'une obligation de ne pas faire apparaît comme l'expression synthétique du but vers lequel converge un ensemble, plus ou moins défini, d'obligations de faire* »¹³⁴⁶.

Envisagée de façon particulièrement extensive, l'obligation de faire semble présenter la particularité de pouvoir saisir l'ensemble des obligations. L'obligation de donner pouvant selon toute vraisemblance être exclue du diptyque posé par le Code civil, toute obligation serait ainsi susceptible d'être qualifiée d'obligation de faire. Toutefois, une telle présentation n'apparaît guère satisfaisante, la conception synthétique de l'obligation envisagée à l'aune de la notion de prestation¹³⁴⁷ rend mal compte de la diversité de régime des différentes sortes d'obligations. Comme le note un auteur, « *ce n'est pas parce que toute obligation suppose un fait que toute*

¹³⁴² J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMEAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2004, 22^e éd., n°258.

¹³⁴³ Le raisonnement ici mené peut être appliqué à l'ensemble des obligations de ne pas faire. Ainsi par exemple « *l'obligation de ne pas exercer une concurrence déloyale, n'est que l'expression d'une obligation de concurrencer loyalement* », F. GUERCHOUN, Rep. civ. Dalloz, V° *Astreinte*, avril 2008, n°32.

¹³⁴⁴ Cette conclusion peut être confirmée par l'admission de l'astreinte en la matière, lorsque l'obligation de ne pas faire est successive ou permanente, équivalant à une véritable exécution forcée de l'obligation. Ainsi, si l'obligation de ne pas faire est susceptible d'exécution forcée, n'est-ce pas le signe qu'elle ne peut se réduire à une simple abstention ? L'admission de l'exécution forcée traduit la réalité de la prestation attendue : en condamnant à exécuter l'obligation, le débiteur est bien tenu d'exécuter quelque chose positivement. V. par ex. pour l'exécution forcée d'une obligation de non-concurrence, Cass. req. 9 mai 1904, DP. 1904, 1, p. 518 ; Cass. soc. 16 avril 1975, Bull. civ. V, n°189.

¹³⁴⁵ Tel est par exemple le cas de la clause de secret, qui « *consiste à ne pas révéler certaines informations industrielles, commerciales ou autres, voire l'existence et le contenu de la négociation* » qui en ce sens s'analyse comme une obligation de ne pas faire mais qui peut être complétée par « *des dispositions prescrivant des obligations de faire beaucoup plus précises telle l'obligation d'apposer le sigle "confidentiel" sur tous les documents traitant de cette recherche, de conserver les informations dans un coffre-fort ou de détruire les échantillons qui n'auraient point été remis au donneur d'ordre* », J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, op. cit., n°1156 et 1157 ; Contra, J. TAXIL, *La singularité de l'obligation de ne pas faire*, op. cit., n°93 et s., pour qui la qualification d'obligation de ne pas faire pour la clause de secret est indiscutable.

¹³⁴⁶ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°26.

¹³⁴⁷ Tel que le suggère J. CARBONNIER, op. cit., n°925.

obligation est de faire »¹³⁴⁸, aussi convient-il de remettre en cause l'interprétation trop extensive de l'obligation de faire.

2. Les limites de l'interprétation extensive : le problème de l'exécution forcée

257 - Les conséquences d'une conception large en matière d'exécution forcée. Traduction de l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* »¹³⁴⁹, l'article 1142 du Code civil, pose le principe suivant lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Aussi, une interprétation stricte de ce texte conduirait-elle à exclure l'exécution forcée en nature dans toutes les hypothèses où l'obligation inexécutée est de faire ; mais la réalité juridique est en tout point différente¹³⁵⁰. Cet article n'a, selon la jurisprudence, vocation à s'appliquer qu'en cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire¹³⁵¹. Dès lors, la Cour de cassation affirme avec force que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »¹³⁵². D'une règle posée à titre de principe dans le Code, il ne semble rester « rien de plus qu'une règle d'exception ; en pratique, un article quasiment tombé en désuétude »¹³⁵³. Suivant la majorité de la

¹³⁴⁸ T. REVET, *Les différentes ventes*, in *Faut-il retarder le transfert de propriété*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995, n°33.

¹³⁴⁹ L'adage est attribué à A. FAVRE, *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619, t. II, p. 823, sur *Đ. 8, 5, 6, 2*, note a, « *Nemo praecise cogitur ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset, ideoque in obligationib. faciendi succedit praestatio eius quod interest* ». Sur l'origine de cet adage, V. O. MORITA, *L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil, Essai sur l'adage « Nemo praecise cogi potest ad factum »*, *Rev. hist. droit*, 1995, p. 201 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme*, JRC 2010, n°1, p. 339 et s., spéc., p. 349.

¹³⁵⁰ V. W. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, *RTD civ.* 1976, p. 700 et s.

¹³⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1953, *JCP* 1943, II, 7677, note P. ESMEIN ; Cass. soc. 20 avril 1956, *Bull. civ. V*, n°364.

¹³⁵² Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n°103, CCC. 2005, n°187, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Adde*, Cass. civ. 1^{ère} 16 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n°19, *RDC* 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD, *RDC* 2007, p. 741, obs. G. VINEY ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *D.* 2007, p. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-CAUSSON ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2007, I, 161, obs. M. MEKKI, CCC 2007, n°144, note L. LEVENEUR.

¹³⁵³ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface H. MUIR WATT, LGDJ, 2004, bibliothèque de droit privé, T. 419, n°31 ; *Rappr.* T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. VII, Paris, Cotillon, 1894, n°135.

doctrine, le texte pêche par excès de généralité¹³⁵⁴, est en contradiction avec le deuxième alinéa de l'article 1184¹³⁵⁵ et doit, à ce titre, être interprété de façon particulièrement restrictive. Ainsi, à la suite de POTHIER¹³⁵⁶, reprenant la maxime dégagée par FAVRE, a été développée la théorie suivant laquelle l'article 1142 ne trouve à s'appliquer qu'aux obligations de faire à caractère "personnelles"¹³⁵⁷. Seules seraient donc susceptibles de se traduire en dommages et intérêts en cas d'inexécution les obligations mettant en jeu les « *droits intangibles de toute personne à son intégrité physique ou sa liberté* »¹³⁵⁸. Le domaine de ces obligations de faire intimement liées à la personne apparaît dès lors particulièrement réduit¹³⁵⁹, l'exemple principal de ce type d'obligation étant celui de l'artiste peintre refusant, malgré le

¹³⁵⁴ V. parmi d'autres, A.-M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, T.V, Paris, Plon, 1865, n°60 bis ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T.XXIV, *Traité des contrats*, T.I, op. cit., n°488 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°1112 et s.

¹³⁵⁵ « (...) la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

¹³⁵⁶ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, op. cit., n°68, « quant à ce qu'on dit que *nemo potest cogi ad factum*, et que les obligations qui consistent à faire quelque chose, se résolvent in id quod interest actoris, je réponds que cette maxime n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur, *merum factum* ; comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me copier mes cahiers ou de me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui, et que son obligation, en cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages et intérêts ».

¹³⁵⁷ La détermination du sens d'une "obligation de faire personnelle" est néanmoins débattue en doctrine ; pour certains il s'agirait des obligations qui sont « *strictement personnelles* » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, Sirey, 3^e éd., 1939, n°593), pour d'autres des obligations conclues *intuitu personae* (H., L. et J. MAZEAUD par M. De JUGLART, *Leçons de droit civil*, T. II, vol. I, *Obligations*, op. cit., n°935 ; Rapp. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n°2433), celles qui engagent le « *tréfonds de la personnalité* » (A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, op. cit., n°62) ou encore qui sont relatives aux « *qualités irréductiblement individuelles du débiteur* » (J. CARBONNIER, op. cit., n°1288) ; Adde. A. LEBOIS, *Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel*, JCP 2008, I, 210.

¹³⁵⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°1113. La doctrine et la jurisprudence ajoutent également les cas où l'exécution en nature de l'obligation s'avère impossible, V. par ex. Cass. com. 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n°313. Les projets de réforme du droit des contrats sont en ce sens et opèrent à ce titre une véritable refonte de l'article 1142. Ainsi, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription dispose à l'article 1154 que « *l'obligation de faire s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel* ». De même, le projet de réforme du droit des contrats affirme à l'article 162 que « *le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Enfin, les propositions de réforme du droit des contrats, du "groupe TERRÉ", posent à l'article 105 le principe suivant lequel « *le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible et que son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire* ».

¹³⁵⁹ L'article 1142 ne semblant plus trouver à s'appliquer que pour « *les obligations ayant pour objet la création ou l'interprétation des œuvres de l'esprit* », Y.-M. LAITHIER, op. cit., n°31.

contrat, de peindre le tableau commandé, ou refusant, une fois, celui-ci peint, de le livrer¹³⁶⁰.

258 - Les critiques adressées au principe. Pour compréhensible qu'il soit, ce principe n'en est pas moins imperméable à certaines critiques. La reconnaissance d'un droit quasi systématique à l'exécution forcée malgré la lettre de l'article 1142 s'inscrit logiquement dans le droit positif. Puisque seules les obligations de faire ont une véritable existence juridique et que le Code civil lie la force obligatoire du contrat et l'exécution forcée¹³⁶¹, il importait de trouver un moyen de limiter l'application de ce texte. Dès lors, il a été fait appel à l'esprit des textes¹³⁶² pour affirmer qu'il convenait de distinguer entre les obligations de faire à caractère purement personnel et les autres obligations de faire¹³⁶³. Ainsi plutôt que de poser une définition stricte de cette obligation, à laquelle l'article 1142 aurait été pleinement applicable, la doctrine a préféré subdiviser la notion afin d'en circonscrire le champ d'application. Si la conception se comprend parfaitement, elle n'en demeure pas moins en contradiction avec la lettre du Code qui vise « *toute obligation de faire ou de ne pas faire* ». De même, certains auteurs ne manquent pas de noter que la primauté de l'exécution forcée en matière d'obligation de faire conduit parfois à des solutions justifiées en droit au regard de l'article 1184 al. 2 du Code civil, mais particulièrement inéquitables¹³⁶⁴, et recommandent à ce titre d'y incorporer une certaine dose

¹³⁶⁰ Cass. civ. 14 mars 1900, DP 1900, 1, p. 497, obs. M.P.

¹³⁶¹ G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001, n°16, « *le droit à l'exécution est l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat* » ; *Contra* remettant en cause les liens entre force obligatoire et exécution forcée, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n°36 et s. ; Comp. N. MOLFESSIS, *Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?*, RDC, 2005, p. 37 et s.

¹³⁶² Il peut toutefois être noté que lors des discussions sur le projet de Code civil, l'article 1142 n'a fait l'objet d'aucun débat, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, 1827, p. 55.

¹³⁶³ V. pour une lecture alternative de l'article 1142 proposant de considérer que ce texte ne vise que l'hypothèse où le débiteur n'a pas exécuté la condamnation en justice suite à l'inexécution de son engagement, P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1444 du Code civil*, préface, I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer, 1993, et du même auteur, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, op. cit.*, p. 205 et s. Cette théorie est néanmoins combattue de façon particulièrement convaincante par Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n°47 et s., spéc. n°48 qui affirme que suivant la proposition « *toute résistance du débiteur au jugement le condamnant est justifiée en droit par application de l'article 1142 du Code civil. La liberté de ne pas exécuter la condamnation en nature choque apparemment moins que la liberté de ne pas exécuter un contrat. Ce résultat est inacceptable. Il nous semble en effet infiniment plus grave de violer un jugement qu'un contrat* ».

¹³⁶⁴ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1984, inédit, RTD civ. 1984, p. 711, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 3^e, 3 avril 1996, Bull. civ. III, n°91, qui casse un arrêt ayant retenu que « *la demande de la locataire est justifiée en son principe, mais qu'une démolition des constructions aurait des*

d'éthique¹³⁶⁵. Il est alors suggéré, à l'image des Principes européens du contrat¹³⁶⁶, de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats¹³⁶⁷, ou du "Projet TERRÉ"¹³⁶⁸ de subordonner la possibilité d'une exécution forcée en nature à l'absence pour le débiteur de coûts ou d'efforts déraisonnables¹³⁶⁹. L'adoption d'un tel critère teinté d'économisme dans les conditions du recours à l'exécution forcée peut paraître souhaitable¹³⁷⁰. Il marquerait une première étape dans le regain de vivacité de l'article 1142. Celui-ci serait alors étendu aux obligations de faire dont l'exécution forcée s'avèrerait disproportionnée par rapport aux intérêts du débiteur. De même, une définition plus précise de l'obligation de faire, lui permettant d'avoir un domaine propre et clairement défini pourrait, semble-t-il contribuer à une application plus rigoureuse de cet article.

conséquences hors de proportion avec les données et la dimension du litige, qu'elle conduirait à la destruction d'une dizaine de boutiques tenues par des commerçants étrangers à la procédure et apporterait un préjudice à d'autres locataires de boutiques pendant les travaux de remise en état » ; Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, préc., qui condamne un entrepreneur à démolir puis à rebâtir une maison en raison d'un écart de trente trois centimètres de hauteur par rapport aux stipulations contractuelles.

¹³⁶⁵ V. en ce sens, D. MAZEAUD, RDC 2006, p. 323 et s., note sous Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005 ; G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., n°17.

¹³⁶⁶ PEDC, art. 9 : 102, 2, b, le créancier ne peut obtenir l'exécution en nature lorsqu'elle « comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables » ;

¹³⁶⁷ Art. 162, « le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable », (nous soulignons). L'introduction de cette limitation à la faculté de demander l'exécution forcée dans le cadre de l'Avant-projet peut toutefois surprendre, l'article 17 érigeant l'exécution forcée en principe. En ce sens, V. P. ANCEL, Ph. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE et S. PIMONT, *Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats*, JCP 2008, I, 213, spéc. n°15 note 18.

¹³⁶⁸ Art. 105, qui cantonne également la possibilité d'une exécution forcée aux cas où « son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire ».

¹³⁶⁹ Ce principe est parfois rapproché de la théorie de l'abus de droit, en ce sens, V. G. VINEY, *Exécution en nature, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, op. cit., p. 183, « il arrive que l'exécution en nature soit extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait véritablement intérêt. N'est-il pas alors abusif de la part de celui-ci de l'exiger alors qu'une condamnation à dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un coût beaucoup plus réduit ? ».

¹³⁷⁰ L'analyse peut toutefois être relativisée. Bien que dans certaine situation l'exécution forcée puisse, à première vue, paraître disproportionnée, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi dans l'arrêt du 11 mai 2005 (préc.) l'écart de trente trois centimètres peut paraître minime et la sanction inéquitable, néanmoins, comme le note un commentateur de l'arrêt, « une insuffisance de niveau peut avoir des conséquences dommageables sur les conditions de jouissance d'une maison : pénétration potentielle des eaux pluviales, risque d'humidité... » (L. LEVENEUR, obs. préc.), aussi, la manipulation d'un tel critère pourrait-elle s'avérer particulièrement difficile pour les juges du fond. Par ailleurs, l'introduction de cette limitation du champ d'application de l'exécution forcée pourrait être de nature à favoriser la faute lucrative par laquelle un créancier peu diligent préfère ne pas exécuter son obligation si cette exécution emporte pour lui un coût trop important (V. Y.-M. LAITHIER, op. cit., n°512 et s.).

B. La nécessaire redéfinition de la notion d'obligation de faire

259 - La circonscription des obligations de faire. Une conception trop large de l'obligation de faire n'emporte pas l'adhésion ; il semble dès lors plus judicieux et plus en adéquation avec les textes de circonscrire ces obligations à un champ d'application limité. Il est d'ailleurs possible de considérer que les obligations de faire peuvent être caractérisées à l'aune d'une distinction dépassant le droit des contrats et opposant les personnes et les choses. Ainsi, appliquée aux obligations il serait possible de distinguer celles portant sur l'activité personnelle du débiteur (1), en ce sens qu'elles impliquent une véritable prestation, une activité personnelle ; et celles portant sur les choses, ou plus particulièrement s'attachant aux transmissions des choses (2). Cette distinction n'apparaît pas de pur style, mais permet, au contraire, de redonner un véritable sens à l'article 1142 du Code civil qui aurait alors vocation à s'appliquer à toutes les obligations de faire.

1. Une obligation portant sur l'activité personnelle du débiteur

260 - La limitation du champ d'application des obligations de faire. Malgré les nombreuses acceptions du terme "faire", il est fort probable que dans la terminologie du Code civil, lorsque lui est adjoint le terme "obligation", son sens ne soit pas si large. Ainsi, comme le note un auteur, « *si toutes les actions peuvent être ramenées dans le langage courant à du "faire", toutes les prestations prévues dans les contrats ne sont pas des "obligations de faire"* »¹³⁷¹. Un critère de distinction doit ainsi être proposé afin de délimiter clairement le champ d'application des obligations de faire. Il est alors permis de constater que la distinction entre les personnes et les choses « *structure tout l'espace* »¹³⁷² du droit. Aussi, n'est-il pas impossible que la matière des obligations soit sensible à cette *summa divisio*. Comme l'y incitent certains auteurs, il pourrait être possible de considérer que les obligations de faire ne comprennent pas tout type de faits mais plutôt les actions engageant la personne même du débiteur¹³⁷³ : c'est donc, sur « *sa personne, sur ses services, sur ses actes*

¹³⁷¹ N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, op. cit., n°153.

¹³⁷² R. LIBCHABER, *Perspectives sur la situation juridique de l'animal*, RTD civ. 2001, p. 241.

¹³⁷³ M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, T. 1, 1885, réimpr. Schmidt periodicals, 1997, p. 6, « *il y a obligation de faire ou de ne pas faire, toutes les fois que c'est la personne même qui s'est obligée, et que c'est sur elle que l'exécution doit se poursuivre* ».

qu' [il] s'oblige »¹³⁷⁴. Dans cette conception les obligations de faire porteraient sur les prestations personnelles, et seraient ainsi opposées aux obligations portant sur les choses¹³⁷⁵. L'intervention de la personne et la mise en œuvre de ses compétences¹³⁷⁶ apparaissent donc comme les principaux critères de détermination de la notion d'obligation de faire¹³⁷⁷.

261 - La possibilité d'un intérêt retrouvé pour l'article 1142. Une telle conception serait susceptible de redonner un certain sens à l'article 1142 du Code civil. La distinction opérée par VINIUS¹³⁷⁸, divisant les obligations exécutoires *manu militari* et les obligations uniquement susceptibles d'une exécution par équivalent trouverait alors une véritable application. Suivant cet auteur, seules les obligations de faire ayant pour objet la prestation d'une chose à quelque titre que ce fût étaient susceptibles d'une exécution forcée. Il est alors possible de remarquer que cette distinction entre les obligations portant sur l'activité personnelle du débiteur et celles portant sur les transmissions de choses constitue, tacitement mais sûrement, la frontière en jurisprudence entre les obligations susceptibles d'exécution forcée et celles uniquement susceptibles d'exécution par équivalent. Ainsi, par exemple, lorsque la jurisprudence refuse de condamner l'artiste à peindre ou à produire une œuvre littéraire¹³⁷⁹, la remise de la chose n'est pas véritablement en cause ; bien au contraire, c'est la prestation personnelle du débiteur que les magistrats se refusent de forcer. Un raisonnement similaire est mené lorsqu'un tribunal refuse de condamner

¹³⁷⁴ M.-L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, p. 200, l'auteur précise ensuite que « si l'homme ne peut être pris au fond et dans sa personnalité comme objet d'un contrat, il peut l'être dans ses actes, dans ses faits, dans tout ce que ses organes peuvent produire, comme agent de travail ».

¹³⁷⁵ Rappr. A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n°143 et s. qui distinguent les obligations portant sur des choses, les obligations portant sur des sommes d'argent et les obligations de faire et de ne pas faire.

¹³⁷⁶ N. PRYBYS-GAVALDA, *op. cit.*, n°158; Rappr. S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner, op. cit.*, n°253, qui propose d'envisager l'obligation de faire non seulement dans son aspect humain mais également d'un point de vue économique. Reprenant la théorie développée par E. MASSIN (*Droit romain; caractère pécuniaire des condamnations. Droit civil; de l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, Paris, 1893) et VINIUS (*Commentari ad Institutiones*, Amsterdam, 1655, III, T. XXIV, pr., al. 5 et s.), l'auteur estime que « l'obligation de faire consiste nécessairement dans le déploiement par le débiteur d'une activité créatrice d'une richesse nouvelle, autrement dit d'une utilité économique nouvelle ».

¹³⁷⁷ Rappr. la définition de l'obligation de faire posée par l'article 1144 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, « l'obligation de faire a pour objet une action, comme la réalisation d'un ouvrage ou une prestation de services, ainsi dans l'entreprise ou le louage de services »

¹³⁷⁸ VINIUS, *op. cit.*, pr., al.7 et s. cité par G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 11, *Des obligations*, T. I, *op. cit.*, n°432.

¹³⁷⁹ Cass. civ. 14 mars 1900, DP 1900, 1, p. 497, obs. M.P.

une personne à l'exécution forcée d'une convention de *strip-tease*¹³⁸⁰ ou d'enseignement¹³⁸¹.

Les obligations de faire devant être analysées en contemplation de la personne de leur débiteur, l'article 1142 du Code civil pourrait avoir vocation à s'appliquer à l'ensemble de ces obligations. Néanmoins, le principe contient certaines limites : la jurisprudence et le Code reconnaissent, en effet, la possibilité de contraindre à la réalisation de la prestation prévue par des moyens d'exécution indirecte, bien que l'obligation porte sur une activité purement corporelle ou personnelle. Il est ainsi admis que le débiteur d'une obligation de faire récalcitrant puisse être condamné sous astreinte à s'exécuter¹³⁸². De même, l'article 1144 du Code civil prévoit, pour le créancier de l'obligation de faire inexécutée, une faculté de remplacement et dispose qu'il peut « être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ». Dès lors, une interprétation hâtive de telles dispositions pourrait reconduire à la situation initiale : bien que les obligations de faire aient un champ d'application limité, l'article 1142 ne serait applicable que dans des hypothèses marginales. Il est alors permis de constater que si l'astreinte permet *in fine* de forcer le débiteur à s'exécuter, elle ne constitue pas une contrainte physique, mais uniquement financière. La prestation à réaliser étant personnelle, l'"esprit" de l'article 1142, excluant la pression physique est préservé. Par ailleurs, le mécanisme de l'article 1144 pourrait, comme le suggère un auteur¹³⁸³, s'expliquer par une nécessaire distinction au sein des obligations de faire. La faculté de remplacement ne s'appliquerait qu'aux obligations de *facere* dites fongibles, c'est-à-dire celles qui peuvent « sans perdre ce qui constitue [leur] intérêt aux yeux du créancier, être exécuté[es] par un autre que le débiteur »¹³⁸⁴. Il est dès lors possible de considérer que les obligations de faire n'ont pas pour objet tout fait positif du débiteur, mais plutôt, les faits nécessairement « extérieurs et corporels »¹³⁸⁵ par nature insusceptibles d'une quelconque pression physique en cas d'inexécution. Si, malgré la lettre de l'article 1142, ces obligations sont susceptibles d'une exécution forcée, celle-

¹³⁸⁰ TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1975, jurispr. p. 401, note M. PUECH.

¹³⁸¹ TI Paris, 3 octobre 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, jurispr. p. 345, note J.-P. DOUCET.

¹³⁸² V. par ex. pour condamner un débiteur à exécuter des travaux, Cass. civ. 3^e, 30 septembre 1998, Bull. civ. III, n°177, D. 1998, IR 231 ; En matière d'obligation de ne pas faire, la situation est similaire, l'article 1143 dispose, en effet, que « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur », sur ce point, V. J. TAXIL, *op. cit.*, n°430 et s.

¹³⁸³ E. MASSIN, *op. cit.*, p. 331 ; Rapp. P. PUIG, *Les techniques de préservation de l'exécution en nature*, RDC 2005, p. 85 et s., spéc. n°21 et s.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, *op. cit.*, n°479.

ci ne peut être qu'indirecte et ne peut remettre en cause la liberté de leur débiteur. Ces obligations nécessairement liées à la personne, en ce qu'elles engagent le déploiement d'une véritable activité de la part de leur débiteur, s'opposent donc par principe aux obligations portant sur les choses, auxquelles une qualification et par conséquent un régime distinct doivent être appliqués.

2. L'exclusion des opérations de remise du champ des obligations de faire

262 - L'embarras suscité par la qualification des obligations portant sur les choses. Étudiant les obligations de faire, la doctrine est parfois quelque peu embarrassée lorsqu'il s'agit d'étudier les obligations portant sur la remise d'une chose. Suivant certains auteurs, l'obligation de délivrer ne serait pas susceptible d'entrer dans une qualification précise, au contraire elle bénéficierait d'une qualification quelque peu "flottante", en empruntant « *son caractère à l'engagement principal d'où elle dérive* »¹³⁸⁶. Exigible en exécution d'un contrat emportant transfert de propriété, l'obligation de délivrance devrait elle-même être qualifiée d'obligation de donner. À l'inverse, intervenant en exécution d'un contrat non translatif, elle ne serait qu'une obligation de faire¹³⁸⁷. Une telle qualification en fonction du contrat auquel l'obligation est rattachée ne convient pas ; il est, en effet difficilement compréhensible de modifier la qualification de la remise de la chose en fonction de l'effet translatif ou non du contrat. Si cette présentation ne se justifie pas, l'origine de l'hésitation s'explique toutefois aisément. Elle semble, en effet, provenir de la distinction opérée par certains auteurs entre les obligations de livrer translatives de propriété et celles non translatives de propriété¹³⁸⁸. Dès lors, les secondes ne pouvant être qualifiées

¹³⁸⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, *op. cit.*, §299 p. 39, note 3.

¹³⁸⁷ En ce sens, V. C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.* p. 39, « *les obligations de faire (...) sont toutes celles qui ont pour objet (...) l'accomplissement d'un fait autre qu'une livraison à effectuer en vertu d'une obligation de donner (...). On doit donc ranger dans la classe des obligations de faire celles qui consistent dans la délivrance d'une chose sur laquelle le créancier n'aura à exercer qu'un droit personnel de jouissance ou d'usage, et spécialement l'obligation de délivrance qui incombe au bailleur ou au commodant* » ; dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 11, *Des obligations*, T. I, *op. cit.*, n°429, « *l'obligation de livrer une chose dérive, suivant les cas, d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire. Elle a le même caractère que l'obligation dont elle est la conséquence. Si donc elle se rattache à une obligation de donner, on doit la considérer comme une obligation de donner. Il faut, au contraire, voir en elle une obligation de faire, si tel est le caractère de l'obligation principale* ».

¹³⁸⁸ En ce sens V. not. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris G. Thorel librairie, 4^e éd., 1844, n°389, « *l'obligation du débiteur [d'une obligation de donner] n'est pas de faire une délivrance comme celle qui a lieu dans les cas de louage, de commodat ou de*

d'obligations de donner puisqu'elles n'interviennent pas à la suite d'un transfert de propriété, seule la qualification d'obligation de faire peut, dans un tel schéma, être retenue. Une telle conception ne semble néanmoins pas être celle retenue par le Code en ce qu'elle rétablit le principe du transfert de propriété par la tradition¹³⁸⁹. Par ailleurs, l'immixtion des obligations portant sur la remise de la chose dans le domaine des obligations de faire brouille le diptyque entre les obligations portant sur l'activité personnelle du débiteur et celles portant sur les remises¹³⁹⁰. La qualification d'obligation de faire accordée à l'obligation de livrer non translatrice ne devait, selon les tenants de cette position, pas être de nature à compromettre l'éventualité de son exécution forcée¹³⁹¹, aussi ont-ils pu considérer que l'article 1142 n'avait pas vocation à s'appliquer à ces nouvelles obligations de faire si particulières.

263 - Des obligations de faire particulières dotées d'un régime spécifique ? Il est frappant de remarquer que lorsque la jurisprudence admet la possibilité d'une contrainte physique directe sur le débiteur de l'obligation de faire inexécutée, celle-ci a toujours pour objet une chose¹³⁹². Cette contrainte est, en effet, admise dès lors que ce n'est plus véritablement l'activité de la personne du débiteur qui est prise en considération mais qu'au contraire l'obligation tend à la remise d'une chose. Ainsi par exemple, les juges admettent l'exécution forcée d'une obligation de retirement¹³⁹³, de la délivrance d'une chose promise à bail¹³⁹⁴ ou encore d'une obligation de livraison¹³⁹⁵. De ces différentes hypothèses, il est possible de tirer le principe suivant lequel tant que l'exécution de l'obligation demeure possible¹³⁹⁶, lorsque l'obligation a trait au mouvement d'une chose, l'article 1142 n'est jamais

gage, ou autres contrats qui ont pour objet la jouissance, l'usage ou la possession de la chose ; elle est de faire une délivrance avec cet effet que le créancier devienne propriétaire (...) ».

¹³⁸⁹ Sur ce point, V. *Supra* n° 20 et s.

¹³⁹⁰ En ce sens, V. N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner, op. cit.*, n°284.

¹³⁹¹ A. DURANTON, *op. cit.*, n°394, « ce n'est pas seulement dans les obligations de donner, que le débiteur, peut être contraint à livrer la chose, c'est aussi dans celles qui ont pour objet le simple usage ou la simple jouissance de la chose. Ainsi, par exemple, dans le louage, le locateur peut être contraint de mettre en jouissance le locataire, et il ne se libérerait pas de son obligation en lui offrant une indemnité ou des dommages et intérêts ».

¹³⁹² Il est toutefois nécessaire de préciser que si, lorsque l'obligation a pour objet une chose, l'exécution forcée directe est possible, cela n'empêche pas le juge de prononcer des mesures d'exécution indirecte telle l'astreinte, V. par ex. en matière d'obligation de délivrance, Cass. Req., 4 août 1947, Gaz. Pal. 1947, 2, somm. p. 30.

¹³⁹³ CA Chambéry, 24 mars 1998, n°jurisdata 1998-041603.

¹³⁹⁴ Cass. com. 23 mai 1964, Bull. civ. III, n°260.

¹³⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1988, Bull. civ. I, n°321.

¹³⁹⁶ V. pour un exemple d'impossibilité d'exécution, Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1972, Bull. civ. III, n°40 ; sur l'impossibilité d'exécution forcée, V. *Infra* n° 327 et s.

applicable¹³⁹⁷. Le raisonnement semble d'ailleurs se prolonger et ne se limite pas aux seules obligations portant sur la remise en elle-même. Il semble, en effet, que la contrainte directe et physique puisse être admise dans le cadre d'obligations préparant ou permettant une telle remise¹³⁹⁸. N'est-il pas, dès lors, possible de considérer que les obligations portant sur les choses ne sont, tout simplement, pas des obligations de faire ?¹³⁹⁹ Une telle conception permettrait de donner un sens à l'article 1142. Celui-ci ne doit néanmoins pas être, sauf dans l'hypothèse d'une obligation de faire intimement liée à la personne et donc non substituable¹⁴⁰⁰, interprété littéralement mais plutôt considéré comme un principe refusant la possibilité d'une contrainte physique, les contraintes indirectes et financières restant admises.

264 - Synthèse. Les obligations de faire semblent donc pouvoir être analysées comme celles mettant en jeu la personne de leur débiteur. Elles nécessitent

¹³⁹⁷ V. toutefois, Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1965, Bull. civ. I, n°437, qui affirme que la livraison dans le cadre d'une vente de chose future, s'analyse comme une obligation de faire et qu'à ce titre « le vendeur pouvait échapper à l'exécution forcée dans les termes des articles 1142 et suivants du Code civil, qui régissent ces obligations, et qu'à bon droit l'arrêt attaqué énonce que les tribunaux peuvent d'office substituer une réparation en argent à l'exécution en nature » ; la solution se comprend néanmoins, la fabrication de la chose paraissant essentielle, elle absorbe la délivrance, V. *Infra* n° 286 et s.

¹³⁹⁸ Admettant le principe de l'exécution forcée directe pour le cas de l'expulsion d'un occupant sans titre, V. par ex. Ph. SIMLER, préc., n°145. Ici, la situation se comprend en considérant qu'en occupant sans titre l'immeuble, l'occupant manque à son obligation de restitution.

¹³⁹⁹ À ce titre, la comparaison avec le droit allemand est édifiante. Si le §241 1° du BGB ne distingue pas les obligations en *facere* et *praestare* (« *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen* » : « en vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister en une abstention »), les dispositions du Zivilprozessordnung (Code de procédure civile allemand) opèrent explicitement la distinction. Ainsi, les §883 (*Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen*) et 884 (*Leistung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen*) consacrent le principe d'une exécution forcée en nature pour les obligations portant sur la remise des biens mobiliers et des choses fongibles. Les § 887 et s. sont, quant à eux, consacrés au régime des différentes obligations de faire. Le §887 est relatif aux obligations de faire pouvant être effectuées par un tiers (*Vertretbare Handlungen*), le §888 concerne celles ne pouvant être effectuées par un tiers (*Nicht vertretbare Handlungen*), enfin le §890 est consacré au régime des obligations de ne pas faire ou de tolérer (*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen*).

¹⁴⁰⁰ La proposition pourrait alors se heurter au problème suscité par la réintégration des salariés injustement licenciés. Longtemps la jurisprudence a pu considérer qu'en raison de l'article 1142 du Code civil, forcer une telle réintégration n'était guère envisageable (V. par ex. Cass. soc. 23 mars 1953, Bull. soc. n°256, « *doit être cassé pour manque de base légale, le jugement qui, constatant que l'employeur a commis une faute en se refusant, malgré l'engagement qu'il a pris, à réintégrer son employé, ordonne la réintégration de celui-ci, au lieu de se borner à constater ce refus* »). La Cour de cassation a néanmoins radicalement changé de position en la matière et admet désormais l'exécution forcée de l'obligation de réintégration des salariés, Cass. ch. mixte, 25 octobre 1968, Bull. ch. mixte, n°1, Cass. soc. 30 avril 2003, Bull. civ. V, n°152, D. 2004, somm. 178, obs. B. LARDY-PELISSIER. Si dans son principe, la jurisprudence refusant la réintégration n'apparaissait pas justifiée puisqu'une telle obligation ne paraissait pas toucher une liberté fondamentale de l'employeur, elle l'est d'autant moins si l'on considère que dans cette hypothèse l'employeur manque à son obligation de mettre un emploi à la disposition du salarié, sur ce point V. *Supra* n° 156.

une activité de création, une activité économique et s'opposent, en ce sens, aux obligations portant sur les choses. Suivant cette conception, le terme "faire" « désigne alors l'activité de la personne conçue dans une opposition à la passivité des choses livrées. Il ne désigne pas toutes les activités puisqu'il exclut les actions de remise »¹⁴⁰¹. L'idée de passivité des opérations de remise n'est pas exclusive de celle de mouvement, elle prend corps en considérant que la remise n'est autre que la combinaison d'un double mouvement¹⁴⁰², dont le premier, le dessaisissement, impose au remettant une certaine passivité. Dans le schéma retenu, les obligations de faire s'analysent comme celles impliquant une activité personnelle positive du débiteur. Elles ne sont donc pas la seule catégorie d'obligations en droit positif et il importe de faire émerger les obligations relatives au mouvement des choses. Ces prestations ne peuvent être qualifiées d'obligation de faire, ni même d'obligation de donner. L'utilité de la reconnaissance d'une obligation de *praestare* s'impose alors avec force.

265 - Conclusion de section : l'impossible intégration de la remise de la chose dans la dichotomie traditionnelle. Le Code civil distingue les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Cette tripartition des obligations ne satisfait toutefois pas complètement, et la porosité de leurs frontières incite à remettre en cause une telle présentation. C'est tout particulièrement en matière d'obligations portant sur les remises de choses que se révèlent ses faiblesses. Ainsi l'étude de l'obligation de donner conduit à un double rejet. Tout d'abord, l'obligation de donner – conçue aujourd'hui comme une obligation de transférer un droit – ne se réduit pas à la remise de la chose et plus généralement n'a pas vocation à saisir les obligations de remise. Cette analyse a pour origine le principe du transfert de propriété *solo consensu* consacré par le Code civil, opérant une nette distinction entre la tradition réelle et la mutation du droit. Ensuite, c'est vers un rejet plus global de l'obligation de donner qu'il semble falloir se tourner, l'automaticité du transfert du droit apparaissant inconciliable avec l'exécution d'une obligation. La mise à l'écart des obligations de donner emporte mécaniquement une redéfinition du champ d'application des obligations de faire qui, contrairement à ce qui peut parfois être affirmé, ne constitueraient plus une catégorie d'obligation résiduelle. Au contraire, toute obligation en droit positif serait une obligation de faire, y compris, par conséquent, les obligations de remise. Une telle conception ne séduit néanmoins pas et les disparités de régime au sein de cette catégorie incitent à en redéfinir le contenu. L'analyse conduit ainsi à déterminer un critère permettant l'identification d'une telle obligation.

¹⁴⁰¹ N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, op. cit., n°153.

¹⁴⁰² V. *Supra* n° 4 et 148.

Or il ressort de l'analyse des obligations de faire que celles-ci pourraient se limiter aux seules obligations portant sur l'activité personnelle du débiteur, celui-ci étant alors tenu de réaliser une action, une véritable prestation¹⁴⁰³. Le mérite d'une telle interprétation serait de réhabiliter l'esprit de l'article 1142. Si pris à la lettre ce texte interdit le recours à l'exécution forcée, il semble que de façon moins restrictive son objet soit plutôt d'interdire la contrainte physique à l'encontre du débiteur d'une obligation de faire inexécutée. Dès lors, il peut être considéré que l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* » a bien vocation à s'appliquer aux obligations de faire dépouillées des obligations portant sur les choses, seules susceptibles d'une exécution forcée directe. Aussi, une qualification autonome s'impose-t-elle pour régir ces dernières. La nécessité d'une intégration de l'obligation de *praestare* en droit positif apparaît ainsi confirmée, celle-ci permettant le rétablissement d'une véritable *summa divisio* des obligations.

¹⁴⁰³ Telle est la conclusion à laquelle l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription est parvenu, Art. 1144.

Section II

La clarification opérée par l'intégration d'une obligation de mise à disposition : la *summa divisio* entre obligations de *praestare* et de *facere*

266 - Refonte d'une *summa divisio*. Si le modèle de classification des obligations en fonction de leur objet retenu par le Code oppose les obligations de faire et celles de donner, il semble que cette *summa divisio* peut être dépassée. Partant de l'irréalité de l'obligation de *dare* et de l'insatisfaction suscitée par la généralisation de la qualification d'obligation de *facere* à l'ensemble des obligations, la présentation doit être refondue. Il est possible de substituer aux obligations portant sur les transferts de droit – les obligations de donner – une obligation relative au transfert des choses : l'obligation de mise à disposition. Cette conception, plus matérielle, oppose les activités personnelles, impliquant un effort de la part de leur débiteur et donc une véritable activité, aux obligations plus passives, relatives aux remises de choses. Une telle analyse a le mérite d'autoriser une synthèse plus pertinente des obligations. Différentes questions se posent néanmoins. Tout d'abord, il convient de déterminer si la distinction entre *facere* et *praestare* est autosuffisante dans la classification des obligations par leur objet, ou si à l'inverse elle doit s'incliner face à une distinction plus large dont elle ne constituerait qu'une sous-catégorie. Il est en effet frappant de remarquer qu'en contemplation de la distinction entre *dare* et *facere* certaines obligations sont impossibles à qualifier. Ainsi par exemple, empruntant à chacune des deux catégories, l'obligation de somme d'argent tend vers l'autonomie et incite à une scission plus générale des obligations entre obligations en nature et obligations monétaires¹⁴⁰⁴. Néanmoins, une *summa divisio* refondue, qui exclue l'obligation de donner, en limitant le champ d'application des obligations de faire et en incluant l'obligation de mise à disposition aurait le mérite d'intégrer parfaitement cette obligation si particulière. Ensuite, la proposition de refonte de la *summa divisio* ne peut aller sans susciter certaines hésitations, notamment en ce qui concerne la frontière entre les éléments relevant d'une activité personnelle et ceux s'analysant

¹⁴⁰⁴ Tel est le parti pris par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription qui dispose que « l'obligation est monétaire quand elle porte sur une somme d'argent ; toute autre obligation est dite en nature », Art. 1147.

comme une remise, qui n'est pas toujours évidente à tracer. Dans certaines hypothèses, les obligations de faire et de mise à disposition s'entremêlent, ce qui pourrait être de nature à remettre en cause l'autonomie de ces dernières. Toutefois, si la détermination de l'obligation principale permet la qualification du contrat, elle n'a pas pour objet de réduire le contenu obligationnel de l'opération à une seule obligation. Bien que l'obligation de mise à disposition soit parfois masquée ou absorbée par l'obligation de faire, son existence est indéniable. Permettant la classification de certaines obligations et se distinguant nettement de l'obligation de faire de par son contenu propre, l'obligation de mise à disposition peut ainsi être érigée au rang de catégorie d'obligation dotée d'une véritable autonomie. Absorbant l'obligation monétaire (§1) et se distinguant de l'obligation de faire (§2), l'obligation de mise à disposition gagne en autonomie. Son intégration en droit positif permet alors une refonte de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet, celle-ci distinguant alors entre les obligations de *facere* d'une part, et de *praestare* d'autre part.

§ 1. Le rapprochement entre *praestare* et obligation monétaire

267 - L'obligation monétaire, inqualifiable obligation ? L'obligation pécuniaire est celle qui, à la différence de l'obligation en nature, tend à la fourniture d'une certaine somme d'argent. Portant sur une prestation d'une nature quelque peu particulière, cette obligation peine à être classifiée dans les catégories traditionnelles du Code civil constituées par les obligations de faire et de donner. De fait, certains auteurs¹⁴⁰⁵ nient l'éventualité d'un rattachement à l'une ou l'autre de ces obligations et l'érigent en catégorie autonome, formant ainsi une *summa divisio* générale des obligations en fonction de leur objet, entre obligation monétaire et obligation en nature. Dans cette conception, le *dare* et le *facere* ne sont plus que des sous-catégories des obligations en nature. Néanmoins, si l'obligation de somme d'argent peut être détachée des qualifications traditionnelles, ce n'est qu'au prix du constat de

¹⁴⁰⁵ V. par ex. C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, essai de détermination de l'objet*, thèse Paris, 1984 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface P. MAYER, LGDJ, bibliothèque de droit privé, T. 225, 1992 ; L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai de théorisation à partir d'une distinction*, thèse Montpellier, 2005.

l'incapacité de ces dernières à la recevoir. Or, si en se référant aux seules obligations de faire et de donner, la conclusion est indéniable (A), elle peut être radicalement différente en intégrant une obligation de mise à disposition (B).

A. Les difficultés de qualification de l'obligation monétaire

268 - Une obligation hermétique aux catégories traditionnelles. La qualification de l'obligation monétaire suscite le débat en doctrine. Certains, certes minoritaires, l'analysent en une obligation de faire ; d'autres, relayés en ce sens par la jurisprudence, y voient une obligation de donner. Pour autant, aucune de ces qualifications ne satisfait véritablement. La notion même d'obligation de faire, telle qu'envisagée classiquement, c'est-à-dire de façon très large, pourrait être de nature à recevoir l'obligation monétaire. Néanmoins, analysée de façon restrictive, le *facere* voit son champ d'application réduit aux seules obligations emportant une activité personnelle du débiteur et par conséquent ne semble guère adapté à l'obligation de somme d'argent (1). Parallèlement, l'analyse en obligation de donner, pour satisfaisante qu'elle soit, en ce qu'elle permet une qualification à l'aune d'un concept connu du droit, ne suscite guère l'adhésion. Une telle assimilation accorderait, en effet, une véritable matérialité au *dare*, obligation pourtant purement immatérielle (2).

1. Le rejet de la qualification d'obligation de faire

269 - La mise à l'écart de la qualification systématique en obligation de faire. Partant du principe suivant lequel le paiement d'une somme d'argent suppose nécessairement une prestation positive de la part du débiteur, certains auteurs proposent de qualifier l'obligation monétaire d'obligation de faire¹⁴⁰⁶. La proposition tend ainsi à faire prévaloir le fait que, quelque soit le mode de paiement utilisé, « *c'est (...) un fait du débiteur qui est attendu* »¹⁴⁰⁷ que celui-ci exécute son obligation en remettant matériellement les fonds ou qu'il y procède par un jeu

¹⁴⁰⁶ Ph. SIMLER, préc., n°91 et n°101 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, préc., n°13 ; Rappr. CA Montpellier, 19 avril 1979, JCP 1981, II, 19484, obs. F. STEINMETZ.

¹⁴⁰⁷ Ph. SIMLER, préc., n°91 ; le caractère flou de l'expression « *fait du débiteur* », est néanmoins reproché à cette analyse, en ce sens, V. J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, JCP 1997, II 22821, n°7.

d'écritures en compte. Concédant que cette obligation présente une certaine spécificité, son assimilation à l'obligation de faire serait due à leur forte parenté¹⁴⁰⁸. L'analyse peine toutefois à convaincre pleinement. Si l'origine du raisonnement peut séduire, en ce qu'il part de l'impossibilité de qualifier l'obligation monétaire en obligation de donner¹⁴⁰⁹, la suite apparaît être le fruit de l'imprécision de la notion d'obligation de faire. Cette dernière, envisagée comme une obligation portant sur l'activité personnelle du débiteur, s'éloigne inéluctablement de l'obligation de payer une somme d'argent. Puisque l'obligation de somme d'argent emporte nécessairement un transfert des fonds et donc l'obligation de les remettre, la qualification d'obligation de faire semble devoir être rejetée.

270 - L'éventualité d'une qualification distributive. Un auteur propose d'envisager la qualification de l'obligation monétaire de façon distributive¹⁴¹⁰. Suivant la théorie présentée, la qualification de l'obligation de somme d'argent serait susceptible de changer en fonction de la technique de paiement utilisée ou de la volonté du débiteur. Ainsi, les paiements en espèces consistant dans le transfert de « *la propriété d'une certaine quantité de ces instruments monétaires au créancier* »¹⁴¹¹, devraient être qualifiés d'obligation de donner. Au contraire, le paiement en monnaie scripturale impliquant une prestation de la part du débiteur s'analyserait en une obligation de faire¹⁴¹². Bien qu'une telle proposition puisse sembler adaptée aux différentes prestations attendues du débiteur de l'obligation de somme d'argent, l'analyse surprend. Tout d'abord, il a pu être remarqué que le moyen de réaliser le paiement n'est pas toujours prévu dès la conclusion du contrat, or « *il paraît impossible d'admettre que la nature de l'obligation – dare ou facere – puisse dépendre du choix opéré, généralement par le débiteur, à l'instant même de l'exécution* »¹⁴¹³. Par ailleurs, si les modalités d'exécution de l'obligation peuvent varier, il n'est pas évident que les différents moyens mis en œuvre entraînent un bouleversement de sa qualification¹⁴¹⁴. Une telle présentation paraît symptomatique

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., n°13 ; sur ce point V. *Infra* n° 272.

¹⁴¹⁰ G. SOUSI, *La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, RTD civ. 1982, p. 514 et s.

¹⁴¹¹ G. SOUSI, préc., n°29.

¹⁴¹² G. SOUSI, préc., n°30 et s., l'auteur poursuit sa démonstration et considère qu'en cas de paiement en chèque l'obligation est également une obligation de faire en raison de l'inscription en compte opérée lors de la compensation (n°36).

¹⁴¹³ Ph. SIMLER, préc., n°91.

¹⁴¹⁴ En ce sens, C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, essai de détermination de l'objet*, op. cit., n°41 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., n°238 ; L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de*

des faiblesses de la présentation classique des obligations de faire, en ce qu'elle leur confère un contenu mal défini, elle ne peut, à ce titre, être retenue. La criante inadéquation entre la qualification d'obligation de faire et l'obligation de somme d'argent a pu conduire certains auteurs à voir dans cette obligation si particulière la marque d'une obligation de donner.

2. L'hypothèse d'une qualification en obligation de donner

271 - L'obligation de somme d'argent « terrain d'élection de l'obligation de donner »¹⁴¹⁵ ? Partant de l'idée suivant laquelle l'obligation monétaire a pour objet le transfert de la propriété d'une certaine somme d'argent, une partie de la doctrine estime qu'elle doit s'analyser comme une obligation de donner¹⁴¹⁶. Cette analyse paraît confirmée par une interprétation *a contrario* de la jurisprudence qui, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 octobre 1996 affirme que « *le paiement des sommes dues en vertu d'un engagement de caution ne constitue ni la livraison d'une chose, ni l'exécution d'une prestation de service* »¹⁴¹⁷. Ainsi, suivant une interprétation possible de l'arrêt, puisque le paiement ne peut s'analyser comme une obligation de faire, seule la qualification d'obligation de donner pourrait s'imposer. Une telle assimilation de

somme d'argent en droit privé, essai de théorisation à partir d'une distinction, op. cit., n°93 ; Rapp. N. KANAYAMA, De l'obligation de couverture à la prestation de garantir, in Mélanges Christian Mouly, T. 2, Litec, 1998, p.388, « l'objet de l'obligation émanant d'un contrat est déterminé par la nature même du contrat. Par exemple, l'obligation de l'acheteur de payer une somme d'argent est de procurer au créancier une telle somme ; les actes nécessaires pour ce faire sont des questions de moyens. L'acte de livrer une somme d'argent en espèces n'est, donc, pas, lui-même, considéré comme prestation mais comme moyen, sans doute typique pour y parvenir ».

¹⁴¹⁵ C. LARROUMET, *Les obligations, le contrat, op. cit.*, n°62.

¹⁴¹⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, *op. cit.*, §299, p. 38 ; C. LARROUMET, *op. cit.*, n°62 et s. ; H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.II, Bruylant, 2^e éd., 1948, n°440 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 41, qui considère que « *l'obligation de somme d'argent est une obligation de donner car elle se traduit par une aliénation : celui qui reçoit les instruments monétaires ne peut les utiliser qu'en les dépensant or cela suppose qu'il en soit devenu propriétaire. Remettre de l'argent à quelque titre que ce soit c'est accomplir une aliénation* » ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement, op. cit.*, p. 123 et s. ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, préc. ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats, op. cit.*, n°319 et s. ; A. SÉRIAUX, *Conception juridique d'une opération économique : le paiement*, RTD civ. 2004, p. 225, n°2.

¹⁴¹⁷ Cass. com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n°245 ; JCP 1997, II 22821, comm. J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, préc. ; de façon plus large et semblant viser tout paiement de somme d'argent, V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, Bull. civ. I, n°96 ; la Cour de cassation avait déjà pu affirmer que le paiement ne pouvait être qualifié d'exécution d'une prestation de services, Cass. com., 21 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 95.

l'obligation monétaire à l'obligation de donner semble pouvoir s'expliquer de deux façons : l'une vient de l'effet translatif attaché à la remise des sommes, l'autre semble en lien avec la nature de l'argent. Tout d'abord, comme l'explique un auteur, il peut être considéré que « *la remise d'une somme d'argent en paiement d'une dette constitue un acte typiquement translatif de propriété. Le débiteur, qui jusque-là se trouvait investi de la propriété exclusive et indiscutable des sommes qu'il offre en paiement, transmet par le même acte la plénitude de son droit au créancier. Il exécute ce faisant une véritable obligation de donner, qui apparaît ici en pleine lumière* »¹⁴¹⁸. Suivant d'autres auteurs, c'est plus particulièrement la nature de chose fongible de l'argent qui commande la reconnaissance d'une obligation de donner. La proposition s'inscrit alors dans un mouvement visant à affirmer l'existence d'une obligation de donner lorsque le seul échange des consentements est impuissant à opérer la mutation de la propriété.

272 - Appréciation critique de l'assimilation des obligations de somme d'argent à l'obligation de donner. Une telle conception peut toutefois être l'objet de certaines critiques. Tout d'abord, lorsque le paiement s'opère par la remise d'espèces, elle tend à procurer à cette remise un effet translatif de propriété¹⁴¹⁹. La remise de la chose correspondrait, dès lors, à l'exécution de l'obligation de donner. Or il peut apparaître contestable de considérer qu'un tel effet puisse être attaché à la remise. Le transfert de propriété étant un effet légal du contrat¹⁴²⁰, il peut s'opérer concomitamment à la remise, mais cela ne signifie pas nécessairement que la remise opère le transfert. Admettre l'inverse reviendrait à opérer la distinction entre remise translatrice et remise non translatrice de propriété, qui doit pourtant être abandonnée¹⁴²¹. Par ailleurs de façon plus percutante encore, le moment du transfert de propriété sur les fonds peut être l'outil d'une négation de l'existence d'une obligation de donner en la matière. Ainsi, lorsque le paiement se réalise par chèque, la remise de celui-ci n'est pas, en elle-même translatrice de propriété des fonds. Comme le notent certains auteurs, juridiquement on ne paie pas par chèque, puisque « *la remise du chèque laisse subsister la créance ancienne du bénéficiaire contre le tireur* »¹⁴²². Aussi, la jurisprudence affirme-t-elle classiquement que le tireur n'est pas

¹⁴¹⁸ A. SÉRIAUX, préc., n°2.

¹⁴¹⁹ Pour certains auteurs, l'analyse de l'obligation de remettre les espèces en obligation de donner est « *acquise* » S. VICENTE, *op. cit.*, n°265.

¹⁴²⁰ V. *Supra* n° 249.

¹⁴²¹ V. *Supra*, n° 162 et s.

¹⁴²² G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2004, n°2192.

libéré par la simple remise mais seulement par l'encaissement de celui-ci¹⁴²³, et que, par conséquent, le paiement n'a lieu qu'à la date et au lieu de l'encaissement¹⁴²⁴. Ce n'est que lors de l'encaissement que la propriété des fonds est transmise au créancier. Or c'est à ce dernier de réaliser la formalité de l'encaissement ; lui seul peut donc provoquer le transfert de la propriété des fonds. Cette constatation permet d'exclure la qualification d'obligation de donner et l'éventualité d'une obligation de transférer la propriété en la matière : en effet, cette obligation de donner serait dotée, dans cette hypothèse, d'une bien curieuse nature, la réalisation de son effet principal – le transfert de propriété – étant subordonnée à l'exécution d'une formalité par son créancier. Qualifier l'obligation de somme d'argent d'obligation de donner reviendrait à assimiler cette dernière à une obligation de remise ; mais puisqu'elle porte sur le transfert du droit et non sur les faits permettant ce transfert, la proposition doit être rejetée. L'obligation de somme d'argent ne paraissant pas pouvoir être analysée en obligation de faire ni de donner, la qualification d'obligation de *praestare* pourrait s'avérer plus adéquate.

B. La qualification de l'obligation de somme d'argent en obligation de mise à disposition

273 - Tentative de réunion des conditions de la qualification d'obligation de mise à disposition. L'obligation de mise à disposition a vocation à recueillir l'ensemble des obligations portant sur la transmission ; partant, si l'obligation de somme d'argent peut être analysée comme une remise de chose, elle pourrait être qualifiée de la sorte. Afin de qualifier l'obligation monétaire d'obligation de *praestare*, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, l'argent doit pouvoir être analysé comme une chose. Si au premier regard cela ne semble guère poser de problème, sa nature particulière pourrait tendre à la remise en cause de ce postulat (1). Ensuite, il convient de démontrer que l'objet de l'obligation portant sur cette chose consiste avant tout en une remise. Ici encore la nature duale de l'argent, qui peut s'analyser en unité de paiement et en support monétaire, pourrait être source de certaines difficultés (2). Si les conditions sont réunies, la qualification de l'obligation monétaire en obligation de mise à disposition prend la forme d'un syllogisme : l'obligation de

¹⁴²³ V. par ex. Cass. civ. 17 décembre 1924, S. 1925, 1, 19, rapport A. COLIN ; Cass. com., 23 juin 1992, Bull. civ. IV, n° 245.

¹⁴²⁴ CA Paris, 19 janvier 1948, JCP 1948, II, 4195 ; Cass. com., 23 mars 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, 15.

mise à disposition porte sur les remises de chose ; l'obligation de somme d'argent est une remise de chose ; l'obligation de somme d'argent est donc une obligation de mise à disposition. Reste alors à éprouver l'efficacité du syllogisme.

1. L'obligation de somme d'argent : obligation portant sur une chose

274 - Les particularités de l'argent envisagé comme une chose. De nature bien particulière, l'argent n'en est pas moins une chose¹⁴²⁵. Aussi, classiquement, la doctrine affirme-t-elle qu'il s'agit d'une chose de genre¹⁴²⁶. Il est fréquemment proposé de distinguer deux facettes de la monnaie : l'aspect matériel, c'est-à-dire le support constitué par les pièces, billets ou titres et l'aspect intellectuel qui représente le pouvoir d'achat attaché à ce support¹⁴²⁷. Partant, seul pourrait être qualifié de chose de genre le support monétaire¹⁴²⁸. Un auteur¹⁴²⁹ propose toutefois de reconsidérer le problème en affirmant qu'une telle qualification peut être rendue superflue en envisageant la monnaie, non comme un bien susceptible de propriété mais comme une chose dont l'unique objet est d'être détenu et transmis. Suivant

¹⁴²⁵ V. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, Paris, 1827, p. 510, « L'argent est le signe de toutes les valeurs ; il procure tout ce qui donne des profits ou des fruits : pourquoi donc celui qui a besoin de ce signe, n'en payerait-il pas l'usage, comme il paye l'usage de tous les objets dont il a besoin ? À l'instar de toutes les autres choses, l'argent peut être donné, prêté, loué, vendu ».

¹⁴²⁶ En ce sens, V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, n°686 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, les biens*, op. cit., n°152 et s. ; pour une présentation moins radicale et plus critique, V. par ex. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., n°124 ; L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai de théorisation à partir d'une distinction*, op. cit., n°100 et s.

¹⁴²⁷ V. par ex. R. LIBCHABER, op. cit., n°19 et s. ; F. GRUA, J.-Cl. Civil Code, Art. 1235 à 1270, fasc. 14, *Monnaie, nature de la monnaie*, 5 septembre 2004, n°15 ; Comp. L.-F. PIGNARRE, op. cit., n°49 et s., spéc. n°52, qui estime que « d'abord, la monnaie apparaît comme un instrument d'évaluation, elle est la commune mesure des valeurs. Puis, elle apparaît sous la forme d'unités de paiement qui vont précisément cristalliser cette mesure de la valeur accordée à un bien ou à une prestation. Les deux phases décrivent ainsi le processus monétaire : à l'évaluation succède le paiement ».

¹⁴²⁸ R. LIBCHABER, op. cit., n°125, « une première tendance consiste à poser que les choses de genre sont les unités elles-mêmes : tout prix n'est-il pas obtenu à partir d'une individualisation des unités, qui se fait en précisant le nombre ? Mais il y a là une erreur, qui résulte d'une assimilation faite avec les choses qui se mesurent ou se pèsent. Lorsqu'on dit que le blé, par exemple est une chose de genre, on entend par là qu'il s'agit d'un type de grain qui ne sera individualisé qu'une fois qu'une certaine quantité sera remise dans un sac. Reste que la chose de genre, c'est le blé et non les kilogrammes. Dire que les unités monétaires sont une chose de genre parce qu'on doit les compter pour passer du type au corps certain reviendrait exactement à dire que le kilogramme est une chose de genre, mais un poids de trois kilogrammes un corps certain ».

¹⁴²⁹ F. GRUA, préc., n°15 et s. et du même auteur, *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, chron. p. 259 et s. spéc. n°4 et s. Rapp. E. ALFANDARI, *Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté*, D. 1996, chron. p. 277 et s.

cette proposition, il est possible de considérer que le recours à la notion de propriété n'est pas adapté à la monnaie. Partant, quelle que soit la conception retenue de la monnaie, celle-ci serait irréductible à toute propriété. Envisagée en tant que support, elle n'a pas, par elle-même, une véritable valeur, l'instrument monétaire « *n'est pas un en soi, (...) il est sans utilité pour son détenteur par sa seule configuration physique. Il ne vaut même pas son coût de fabrication. En principe, il ne s'achète ni ne se vend. Il est hors commerce et sans doute hors du patrimoine. Dès lors, nul ne paraît pouvoir en être propriétaire* »¹⁴³⁰. Un raisonnement similaire peut être mené lorsque la monnaie est envisagée non seulement en tant que support mais également en tant qu'instrument d'échange facteur d'acquisition des richesses. L'affirmation peut surprendre puisque la jurisprudence et la doctrine affirment classiquement que le dépôt de monnaie en banque transfère la propriété des fonds au banquier¹⁴³¹ et que le gage-espèce emporte une mutation de la propriété au profit du créancier gagiste¹⁴³². De même, les juges ont pu admettre le principe d'une action en revendication des fonds volés¹⁴³³. De telles positions ne relèvent néanmoins pas de l'évidence. Ainsi, la revendication des fonds volés peut se heurter, en pratique, à l'impossibilité d'individualiser les deniers dans le patrimoine du voleur. Cette première constatation permet de relever le fait que la mise en œuvre de la propriété des fonds paraît presque impossible. Par ailleurs, et de façon plus générale, il est remarqué que la fonction attribuée à la monnaie est particulière et se distingue de celle des autres biens : elle « *est une chose faite uniquement pour être exigée ou due, point pour que*

¹⁴³⁰ F. GRUA, J.-Cl. Civil Code, Art. 1235 à 1270, fasc. 14, préc., n°17. L'auteur nie également le fait que l'État puisse être considéré comme le propriétaire des supports monétaires. L'analyse est séduisante car si l'État se réserve des prérogatives sur les titres et notamment celle de pouvoir démonétiser un titre ou d'en interdire un certain usage (tel est notamment le cas de l'interdiction d'utiliser un billet comme support d'autocollants publicitaires, Décret n°87-658 du 11 août 1987), « *l'idée de propriété paraît rendre compte assez mal de l'étendue, qui demeure floue, des droits de l'État sur le signe* » (n°19). Ainsi par exemple la destruction de billet ne semble être susceptible d'aucune sanction, V. par ex. Cass. crim. 4 juin 1995, Bull. crim. n°143 ; *Contra*, R. LIBCHABER, *op. cit.*, n°176 et s. ; M. LAINE, *La monnaie privée*, RTD com. 2004, p. 227 et s., spéc. n°27 et s. ; Comp. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°696, qui admet la propriété de la monnaie mais qui considère néanmoins, que « *la monnaie tirant son être de la volonté du souverain, la propriété ne peut avoir sur les instruments monétaires la même force, ni le même sens, que sur un meuble quelconque* » ; Adde, C. LAVIALLE, *La condition juridique de la monnaie fiduciaire*, RFDA 2009, p. 669 et s.

¹⁴³¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1984, Bull. civ. I, n°49, « *dès l'instant de leur remise, [les] espèces, étant des choses de genre, deviennent propriété de la caisse à l'égard de laquelle le client ne dispose plus que d'un droit de créance* ».

¹⁴³² V. par ex. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 5^e éd., 2009, n°545 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, n°797 ; Cass. com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 165 ; D. 1998, somm. p. 104, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁴³³ Cass. req. 25 novembre 1929, DH 1930, p. 3 ; RTD civ. 1934, p. 184, obs. H. SOLUS, « *en ce qui concerne les choses fongibles telles que les espèces métalliques, la revendication est en principe impossible, à moins d'une individualisation matérielle et de la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus* ».

l'homme en face d'elle en tire directement quelque utilité. La monnaie n'est qu'un bien intermédiaire. Elle n'est pas utile pour elle-même, mais pour ce qu'elle permet d'obtenir d'autrui »¹⁴³⁴. Le raisonnement peut être poursuivi en considérant que les prérogatives classiquement attachées à la propriété – l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* – ne se retrouvent pas lorsque le bien envisagé est l'argent. Ainsi, l'*usus* et l'*abusus* n'ont pas d'existence distincte puisque la monnaie existe essentiellement pour être transférée. Son usage se confond avec son aliénation. Pareillement, il n'est pas évident d'affirmer que la monnaie produit véritablement des fruits, « *car ce n'est pas elle qui produit des intérêts, mais les créances, biens incorporels distincts* »¹⁴³⁵. Cette affirmation réduit à néant l'éventualité d'une caractérisation du *fructus*.

275 - La fonction de la monnaie : être l'objet d'une obligation. La proposition peut paraître extrême : nier toute effectivité à la propriété de la monnaie ne semble guère en accord avec le Code civil¹⁴³⁶ et la plupart des décisions de jurisprudence¹⁴³⁷. L'appropriation de la monnaie paraît indispensable à son intégration dans le patrimoine et à la réalisation des paiements¹⁴³⁸. Néanmoins, l'analyse permet de mettre en lumière l'idée qu'en la matière la question du droit sur celle-ci ne semble guère se poser avec autant d'acuité que pour les autres biens. Comme il a pu être relevé, « *l'utilité de la monnaie, à la différence des autres choses corporelles, ne tient pas pour son détenteur à sa nature physique. Elle n'est que convention. Ce n'est pas un bien naturel, seulement du quasi-néant décrété bien par l'homme, à la recherche d'un dénominateur commun à tous les biens* »¹⁴³⁹. Aussi est-il possible de considérer que même si l'argent peut être d'une certaine façon approprié, l'acquisition d'un droit de propriété sur des fonds n'est pas nécessairement la fin poursuivie par les parties. Il

¹⁴³⁴ F. GRUA, préc., n°23.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ Comme le démontre M. LAINE, *La monnaie privée*, préc., n°28 qui raisonne à partir des articles 1893, en matière de prêt de consommation et 1851 relatif aux apports en société pour affirmer que « *dans tous les contrats qui vont porter sur une somme d'argent, excepté – étrangement – le dépôt non bancaire, le créancier de l'obligation de verser l'argent deviendra, dès la réception des fonds propriétaire des instruments monétaires* ».

¹⁴³⁷ V. not. admettant indirectement la revendication d'une somme d'argent, Cass. com. 13 novembre 2001, Bull. civ. IV, n° 177, D. 2002, AJ p. 328 ; JCP éd. E. 2002, p. 666, note F. BARRIÈRE ; Rapp. retenant l'idée d'une propriété des fonds, Cass. civ. 3^e, 25 novembre 1987, Bull. civ. III, n°197 ; Adde, D. R. MARTIN, *De la revendication des sommes d'argent*, D. 2002, p. 3279. Par ailleurs l'analyse refusant la possibilité d'une propriété pour l'argent conduit à nier la qualité de bien à la monnaie, F. GRUA, préc. n°26, qualifie en effet, l'argent de « *faux bien* ».

¹⁴³⁸ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n°118, « *si les monnaies n'étaient pas susceptibles d'appropriation, les unités de paiement qu'elles contiennent ne seraient pas intégrées au patrimoine du possesseur. Comment les paiements pourraient-ils alors s'opérer ? Le fait que la monnaie puisse être appropriée n'est pas une fonction de la monnaie, mais un état de fait qu'elle a en partage avec bien des objets qui n'ont aucun statut monétaire* ».

¹⁴³⁹ F. GRUA, préc., n°15.

semble au contraire que c'est l'acquisition matérielle de la monnaie qui est recherchée. Son octroi en lui-même, dépourvu de toute considération quant au droit, apparaît donc comme l'objet de l'obligation monétaire. Le transfert de propriété n'est qu'un effet médiat de l'opération, il ne constitue pas le but de l'opération économique recherchée par les parties, il est donc subi par les parties et doit, à ce titre être qualifié d'accidentel¹⁴⁴⁰. Il convient donc de se focaliser essentiellement sur la prestation attendue du débiteur de l'obligation monétaire et non sur le résultat immédiat de celle-ci. Ce dernier doit, en effet, remettre les fonds au créancier et le transfert de propriété ne constitue qu'une conséquence de la remise. Quelle que soit la technique utilisée pour opérer la mutation des fonds – remise de support monétaire ou utilisation de moyens scripturaux¹⁴⁴¹ – c'est essentiellement cette remise qui est exigée¹⁴⁴². L'objet de l'obligation monétaire, analysé avant tout comme la remise d'une chose, semble donc pouvoir être qualifié d'obligation de *praestare*.

2. L'adéquation entre l'obligation de *praestare* et l'obligation de somme d'argent

276 - L'obligation monétaire envisagée comme une obligation de *praestare*. L'objet de l'obligation monétaire semble toujours être la remise de fonds. Bien que la nature spécifique de la monnaie puisse guider vers une qualification autonome des obligations monétaires¹⁴⁴³, il apparaît au contraire qu'envisagée avant tout comme la remise d'une chose, cette obligation gagne en clarté. Comme le note un auteur, l'obligation monétaire peut être analysée comme une « *obligation de fournir des signes émis par l'État* »¹⁴⁴⁴ ; or l'obligation de fournir n'est pas sans rappeler l'obligation portant sur le transport des choses : l'obligation de *praestare*¹⁴⁴⁵. De nombreux éléments permettent, en effet, de raccorder l'obligation monétaire à

¹⁴⁴⁰ Sur la notion de transfert accidentel, V. *Supra*, n° 48 et s.

¹⁴⁴¹ La remise dématérialisée demeure une remise. La jurisprudence admet, en effet, qu'un don manuel puisse s'effectuer par virement ou par chèque, or le don manuel ne se forme que par la remise de la chose, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1966, Bull. civ. I, n°424, D. 1966, p. 614, note J. MAZEAUD.

¹⁴⁴² Comp. Ph. SIMLER, préc., n°91, qui considère que « *quel que soit le moyen utilisé, c'est bien un fait du débiteur qui est attendu* ».

¹⁴⁴³ V. en ce sens, R. LIBCHABER, *op. cit.*, n°225 et s., qui pose le principe d'une *summa divisio* entre obligation en nature et obligation en valeur ; Rapp. L.-F. PIGNARRE, *op. cit.*, n°72 et s. et n°148 et s.

¹⁴⁴⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°925.

¹⁴⁴⁵ En ce sens, V. G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du Code civil*, préc., n°14.

cette catégorie d'obligations. Ainsi, il a été proposé d'analyser l'obligation d'individualisation d'une chose de genre comme un type de *praestare*¹⁴⁴⁶. L'adéquation est alors frappante ; en effet, en matière de transfert de supports monétaires, l'individualisation des espèces et la remise se confondent. La première est d'ailleurs subordonnée à la réalisation de la seconde et ne suffit pas en elle-même pour opérer le transfert de propriété. Il est par exemple possible d'imaginer un débiteur devant une certaine somme d'argent à son créancier. Celui-ci procède à une mise à part des fonds en les mettant « *dans une enveloppe sur laquelle il porte le nom du créancier. L'enveloppe est détruite par le feu avant que le débiteur l'ait remise à son destinataire* »¹⁴⁴⁷. Assurément, dans cette hypothèse, le débiteur ne saurait estimer sa dette éteinte puisque l'individualisation ne pourrait être considérée comme réalisée. Ce phénomène s'explique par le fait que la dette porte essentiellement sur des unités de paiement et non pas uniquement sur les supports monétaires¹⁴⁴⁸. L'affirmation ne remet pas en cause le fait que le créancier attende la remise des supports ; seule cette remise est susceptible d'éteindre la dette portant sur les unités de paiement, ceux-ci étant représentés par ceux-là. Dès lors, seule la remise des fonds est susceptible de réaliser l'individualisation en ce qu'elle assure la satisfaction du créancier. Se découvre ainsi une véritable corrélation entre l'obligation de *praestare* et l'obligation monétaire. Saisissant les opérations de remise et d'individualisation, la première semble, à plus forte raison, s'appliquer lorsque ces deux faits sont réalisés par la seule remise¹⁴⁴⁹. L'analyse de l'obligation monétaire en tant qu'obligation de *praestare* paraît confirmée par le régime de celle-ci¹⁴⁵⁰. Portant sur une chose et non sur la personne du débiteur, elle est, en effet, toujours susceptible d'exécution

¹⁴⁴⁶ V. *Supra* n° 167.

¹⁴⁴⁷ L.-F. PIGNARRE, *op. cit.*, n°103 ; Adde, G. SOUSI, *préc.*, n°14 et 15.

¹⁴⁴⁸ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n°127, « *la dette de monnaie, est du point de vue du créancier qui escompte le remboursement, l'attente et l'anticipation d'un certain pouvoir. La destruction du titre, dans cette vue, ne modifie en rien l'expectative, puisque ce n'était pas lui qui était attendu* ».

¹⁴⁴⁹ Pour une autre illustration des « *potentialités* » de l'obligation de *praestare*, en matière de paiement, V. G. PIGNARRE, *préc.*, n°14, qui considère que l'obligation de provisionner à la charge du tireur en matière de lettre de change s'analyse également en une obligation de mettre à disposition. Dans cette hypothèse, le *praestare* doit alors être envisagé dans sa fonction de garantie plus que dans celle d'obligation portant sur la remise de la chose : « *le tireur remet la traite à un bénéficiaire en paiement d'une somme due correspondant à la valeur de ce qui lui a été fourni. Mais à l'inverse de ce qui se passe en matière de chèque, la dette ne sera effectivement acquittée que lorsque le tiré aura payé la lettre au porteur de l'effet de commerce. Cette dissociation entre l'obligation de provisionner et l'obligation de payer met en lumière et justifie l'existence d'une obligation de praestare distincte de l'obligation de dare. Elle explique que le tireur, en remettant l'effet de commerce, ne soit pas pour autant libéré à l'égard du bénéficiaire* ».

¹⁴⁵⁰ Pour une analyse du régime de l'obligation de *praestare*, V. *Infra* n° 293 et s.

forcée puisque « *l'argent ne [peut] avoir d'autre équivalent que lui-même* »¹⁴⁵¹. La conception liant l'obligation monétaire à l'obligation de *praestare* n'est toutefois pas nouvelle et trouve une certaine assise historique sous la plume de certains auteurs.

277 - L'obligation monétaire envisagée comme une obligation de *praestare* : confirmation historique. L'objet de l'obligation de *praestare* est particulièrement controversé, la doctrine peinant à en proposer une conception unitaire¹⁴⁵². Dès lors, afin de déterminer le contenu de cette obligation certaines analyses ont dû être rejetées, en ce qu'elles limitaient considérablement son domaine. Néanmoins, si les obligations monétaires peuvent être reliées au *praestare*, les théories d'une partie de la doctrine romaniste l'analysant comme une obligation portant nécessairement sur une somme d'argent retrouvent un certain sens. Ainsi dans cette conception restrictive soutenue notamment par SAVIGNY, le terme *praestare* faisait « *allusion aux antiques actions naissant des délits, dans les formules desquelles on ne rencontrait pas dare [ni] facere* »¹⁴⁵³. Le droit romain ne distinguant pas nettement les responsabilités contractuelle et extracontractuelle¹⁴⁵⁴, il est possible par extension de penser qu'étaient autant visées par l'auteur l'obligation résultant de l'inexécution d'un contrat que celle résultant de la sanction d'un délit au sens plus classique du terme. Aussi, élaborant la synthèse de cette analyse, un auteur a-t-il pu préciser que lorsque « *l'obligation qui n'a pas pour objet un dare, résulte soit d'un délit, soit d'un quasi-délit, ou bien lorsqu'entre parties liées par un contrat de bonne foi, l'obligation résulte de la demeure, de la faute ou d'un manquement quelconque à la loi du contrat, donnant lieu à des dommages-intérêts, les jurisconsultes romains se servent du mot praestare* »¹⁴⁵⁵. Si la proposition de ces auteurs n'a pas convaincu la majorité de la doctrine, elle a le mérite de démontrer les liens entre les obligations de somme d'argent et l'obligation de *praestare*. Elle pêche néanmoins par défaut de généralité ; il est, en effet, étonnant de ne pas y adjoindre les obligations monétaires issues directement du contrat. Dans cette hypothèse, la nature de l'obligation ne change pas, elle porte toujours sur la transmission d'une certaine quantité de fonds au créancier ; seule la source de cette obligation diffère. Or la source de l'obligation n'apparaît pas en mesure de modifier sa nature : une obligation de somme d'argent

¹⁴⁵¹ Ph. SIMLER, *préc.*, n°101.

¹⁴⁵² Sur les différentes propositions quant à l'objet du *praestare*, V. *Supra* n° 153 et s.

¹⁴⁵³ F.-C.von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, T.I, Paris, Ernest Thorin, traduction de G. Gerardin et P. Jozon, 2e éd., 1873, Ch. 1, §28, p. 332 et 333.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, V. G. VINEY, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995, n°6.

¹⁴⁵⁵ J.-P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, T. I, Gand, Libraire de H. Hoste, 2^e éd., 1866, n°5, p. 6.

est matériellement la même qu'elle soit exigible en vertu d'un contrat ou à titre de réparation.

278 - Synthèse. L'obligation monétaire ne semble pas pouvoir être classée au sein de la *summa divisio* classique des obligations opposant les obligations de faire et de donner. Portant sur une chose, elle ne peut, tout d'abord, être qualifiée d'obligation de faire. Les propositions tendant à une telle classification conduisent irrémédiablement à une acception trop large du *facere*. La qualification d'obligation de donner n'apparaît pas non plus appropriée. À supposer que l'argent puisse être l'objet d'une propriété, le transfert de ce droit n'est dans cette hypothèse qu'un effet médiat de la remise. De même, le rapprochement entre obligation monétaire et obligation de donner conduit à avancer que la seconde s'exécute par la tradition des fonds, ce qui est particulièrement contestable. Cette obligation particulière apparaît ainsi imperméable aux qualifications traditionnelles. Seule la systématisation d'une autre catégorie d'obligation est alors de nature à en permettre la classification. Or, puisqu'elle consiste dans la mise à disposition d'une chose de genre au créancier, l'obligation monétaire se rapproche inéluctablement de l'obligation de *praestare*. Cette première étape dans la découverte d'une véritable autonomie à l'obligation de mise à disposition doit néanmoins être confirmée. Dans cette recherche, seule une scission claire entre le *praestare* et le *facere* est de nature à appuyer cette analyse.

§ 2. L'obligation de mise à disposition distinguée de l'obligation de faire

279 - La distinction entre *facere* et *praestare* : l'introuvable frontière ?

Il est des opérations dans lesquelles il n'est guère évident de déterminer si le contrat emporte une obligation de mise à disposition ou une obligation de faire. Partant, la frontière entre ces deux obligations paraît poreuse. L'opération de qualification du contrat est alors particulièrement troublée puisqu'aucune des obligations n'est, au premier regard, en mesure d'être analysée comme l'obligation essentielle ou principale. Afin de pallier un tel inconvénient, il a pu être proposé de distinguer les contrats emportant, à titre principal, une obligation de faire, de ceux emportant une obligation de mise à disposition, à l'aune de la notion de service. Suivant cette analyse, dès que le contrat porte sur la réalisation d'un service, c'est l'obligation de faire qui est principale et la qualification du contrat ne peut être attribuée qu'en

contemplation de cette obligation. Si la présentation a le mérite de la simplicité, elle n'est pas opérante. L'interprétation particulièrement large de la notion de fourniture de services ne permet pas, en effet, d'affirmer que la notion de services soit imperméable à la mise à disposition (A). Ce n'est alors qu'en fonction d'une analyse finaliste du contrat que la frontière entre *praestare* et *facere* peut être déterminée. Aussi, est-ce en déterminant l'objectif final que le contrat a pour but de satisfaire, que la prestation principale peut être découverte. Si, dans de nombreux cas, l'obligation de mise à disposition se fonde dans l'obligation de faire, elle gagne parfois en autonomie en s'en distinguant nettement (B).

A. La notion de fourniture de services, critère de distinction entre faire et mettre à disposition ?

280 - L'impossible distinction entre faire et mettre à disposition au regard de la fourniture de services. Tentant de déterminer le contenu de l'obligation de faire en l'opposant à l'obligation d'exécuter un travail, un auteur propose de systématiser cette catégorie par le prisme de la notion de service. Apparaîtrait donc une prestation de service « *dès qu'une obligation de faire peut être exécutée sans exiger de son débiteur un effort se traduisant par une sorte de lutte génératrice de peine et de fatigue avec l'obligation de la prestation* »¹⁴⁵⁶. Dès lors, la notion de service pourrait être opposée, non seulement à l'exécution d'un travail, mais également à la mise à disposition. En application de ce raisonnement, ce qui ne s'analyserait pas en un service pourrait relever de la mise à disposition (1). Néanmoins, l'interprétation particulièrement extensive de la notion conduit à exclure cette proposition : envisagée à la lumière du droit communautaire, la fourniture de services englobe la mise à disposition (2).

1. Le critère proposé classiquement : la distinction entre mise à disposition et fourniture de services

281 - La source du critère, une définition "restrictive" de la notion de fourniture de services. La recherche d'un contenu autonome et spécifique à

¹⁴⁵⁶ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 84.

l'obligation de mise à disposition peut conduire à tenter d'en délimiter le contenu par rapport à une notion connue. C'est ainsi qu'il peut être proposé d'opposer la mise à la disposition à la fourniture de services. Or puisque la fourniture de services est souvent liée par la doctrine à l'obligation de faire¹⁴⁵⁷, un raisonnement logique permet de considérer qu'ont trait aux choses et relèveraient donc du *praestare* toutes les obligations ne pouvant être qualifiées de service. Une telle démonstration trouve une certaine assise positive en l'article 24-1° de la directive 2006/112/CE du Conseil de l'Union européenne relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée. Celui-ci dispose en effet qu'« *est considérée comme "prestation de services" toute opération qui ne constitue pas une livraison de biens* »¹⁴⁵⁸. La proposition peut paraître séduisante et d'une grande utilité didactique en ce qu'elle permet d'opérer clairement la distinction entre les obligations portant sur la réalisation d'un service, analysées en obligations de faire, et les obligations portant sur les choses relevant du *praestare*. Suivant cette présentation, il est parfois affirmé que « *les activités de services ne portent pas sur des biens* »¹⁴⁵⁹ et que par conséquent « *l'obligation de faire (...) est au cœur de ces contrats* »¹⁴⁶⁰. Une telle conception conduit à adopter une définition résiduelle des prestations de services, qui viserait l'ensemble des prestations qui ne portent pas sur des biens. Ainsi pourraient être qualifiés de contrats de services les contrats d'entreprise ou de mandat¹⁴⁶¹. Dès lors, et de façon mécanique, les contrats emportant une obligation de mise à disposition ne peuvent être qualifiés de contrats de fourniture de services.

282 - L'exclusion mécanique des opérations de mise à disposition d'un bien. L'exclusion des obligations de mise à disposition du champ des contrats

¹⁴⁵⁷ V. par ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°625 ; R. SAVATIER, *La vente de services*, D. 1971, chron. p. 223 et s., spéc. n°3, qui considère que « *la créance de service est parfaitement connue du code civil. C'est elle qui caractérise les obligations de faire des articles 1142 et suivants (...)* » ; H. CLARET, *La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*, JCP 2005, I, 140, spéc. n°11 ; Adde, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, op. cit., V° « Prestation de services », qui pose la définition suivante : « *terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits en pleine propriété, celle de tout avantage appréciable en argent, ouvrage, travaux, gestion, conseil, en vertu des contrats les plus divers, mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage...* ».

¹⁴⁵⁸ Le sens de l'expression "livraison de biens" est défini à l'article 14 de la même directive qui dispose qu'« *est considéré comme «livraison de biens», le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire* ». Rappr. CJUE 8 février 1990, aff. C-320/88, qui affirme qu'est considérée comme livraison d'un bien l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas eu de transfert de propriété du bien.

¹⁴⁵⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°625.

¹⁴⁶⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°410

¹⁴⁶¹ En ce sens V. par ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, op. cit., n°413 et s. et n°456 et s., ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°30000 et s., l'auteur adjoint néanmoins aux contrats de services le contrat de dépôt.

emportant une fourniture de services s'explique, suivant cette partie de la doctrine, par l'idée de création de valeur : la mise à disposition ne saurait être considérée comme une prestation de services puisqu'elle n'est pas, en soi, créatrice de valeur¹⁴⁶². Comme le note un auteur, « *la notion de service est (...) inséparable de celle de valeur, elle-même liée à celle d'utilité. Or la mise à disposition n'est en elle-même source d'aucune valeur ; elle ne fait que transmettre le potentiel d'utilité que recèle la chose et que son exploitation (...) permettra de transformer en valeur* »¹⁴⁶³. Ainsi, les obligations naissant d'un contrat de fourniture de services devraient être considérées comme créatrices de valeur et s'opposeraient aux obligations de mise à disposition qui, quant à elles, ne feraient qu'opérer la mutation d'une valeur préexistante. L'obligation de faire, créatrice de valeur, consiste alors nécessairement pour son débiteur dans l'exécution d'un certain travail. Il est ici intéressant de noter que la fourniture de services peut non seulement emporter une obligation de faire mais également une obligation de ne pas faire. Suivant un auteur, ce type d'obligations est, en effet, également créateur d'une véritable richesse « *puisque le débiteur du non facere crée par son abstention une utilité économique* »¹⁴⁶⁴.

Une telle proposition visant à opérer la distinction entre la fourniture de services créatrice de richesses, et la mise à disposition qui n'opère qu'un transfert de valeur préexistante, n'est pas imperméable à certaines ingérences. Ainsi, une partie de la doctrine estime que dans certaines hypothèses, la mise à disposition de la chose s'intègre au service. Deux situations doivent alors être distinguées.

Soit le service visé par le contrat est susceptible d'être rendu par l'usage du bien, le prestataire ne s'engageant alors qu'à mettre le bien à la disposition du bénéficiaire. Dans cette situation, le service n'est pas l'objet du contrat et le prestataire ne s'engage pas à fournir un service.

Soit la mise à disposition intervient en exécution d'une opération plus large tendant à la fourniture d'un service. La première s'intègre alors à la seconde mais ne constitue pas la fin de la prestation. L'objet du contrat est alors la fourniture de services, la mise à disposition ne devant être considérée que comme un moyen de réaliser la prestation de services¹⁴⁶⁵. Prolongeant la démonstration un auteur estime que de fait, « *l'obligation de praestare ne [peut] engendrer une véritable prestation de*

¹⁴⁶² V. en ce sens S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, op. cit., n°253 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, op. cit., n°14.

¹⁴⁶³ P. PUIG, op. et loc. cit.

¹⁴⁶⁴ S. VICENTE, op. cit., n°253.

¹⁴⁶⁵ P. PUIG, op. cit., n°14 et n°74.

service »¹⁴⁶⁶. En résumé, lorsqu'un contrat porte essentiellement sur la mise à disposition d'un bien, il ne peut pas être qualifié de fourniture de services. Pour convaincre que soit cette analyse, l'exclusion des mises à disposition à titre principal des fournitures de services ne peut être retenue. Elle apparaît, en effet, en contradiction avec les textes et la jurisprudence communautaires.

2. Un critère rendu inopérant par l'interprétation large de la notion de fourniture de services

283 - Le critère de la fourniture de services n'est pas l'absence de mise à disposition. Le droit communautaire semble retenir une acception particulièrement large de la notion de fourniture de services. Ainsi l'article 5-1 b. du règlement CE n°44/2001 du Conseil de l'Union européenne du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, oppose la fourniture de services à la vente de marchandises¹⁴⁶⁷. Néanmoins, comme le démontre l'articulation des points a)¹⁴⁶⁸ et c)¹⁴⁶⁹ de cet article, tous les contrats ne sont pas susceptibles d'être qualifiés de fourniture de services ou de vente¹⁴⁷⁰ ; d'autres qualifications seraient donc envisageables. Telle semble être, en tout cas, l'analyse retenue par la Cour de cassation qui estime « *que le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente, ni une fourniture de services* »¹⁴⁷¹ et « *que le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de*

¹⁴⁶⁶ P. PUIG, *op. cit.*, n°14.

¹⁴⁶⁷ Art. 5-1 b) : « *aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : - pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, - pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis* » ; Rappr. art. 50 du Traité instituant la communauté européenne : « *au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ».

¹⁴⁶⁸ Art. 5-1 a) : « *en matière contractuelle [une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite] devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ».

¹⁴⁶⁹ Art. 5-1 c) : « *le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas* ».

¹⁴⁷⁰ En ce sens, V. P. BERLIOZ, *La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I*, Journal du Droit International (Clunet) 2008, n°3, p. 675 et s., spéc. n°5 et 6.

¹⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, Bull. civ. I, n°30, RDC 2007, p. 887, obs. P. DEUMIER ; RTD com. 2007, p. 630, note Ph. DELEBECQUE ; D. 2007, p. 1575, comm. H. KENFACK ; JCP 2007, II, 10074, comm. T. AZZI ; Gaz. Pal. 2007, n°119, p. 24, note M.-L. NIBOYET.

services »¹⁴⁷². Partant, pourraient ainsi être exclus du champ d'application de l'article 5-1 b) les contrats issus du droit de la distribution, ou plus largement les contrats emportant des obligations de mise à disposition ne pouvant être assimilés à des ventes. Cette conception permettrait de confirmer l'idée suivant laquelle la mise à disposition s'oppose à la fourniture de services, délimitant de la sorte clairement la frontière entre obligation de faire et obligation de mise à disposition.

Pour autant, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne démontre que le juge communautaire n'est guère séduit par une telle scission¹⁴⁷³. Il est alors frappant de remarquer que dans de nombreux arrêts, la Cour a pu considérer que la mise à disposition d'un bien pouvait être qualifiée de prestation de services. Elle a ainsi pu affirmer que « *l'activité qui consiste à mettre à la disposition de tiers, contre rémunération et sous certaines conditions, un plan d'eau pour y pratiquer la pêche constitue une prestation de services* »¹⁴⁷⁴. De la même façon, la Cour a pu estimer qu'un contrat de location de véhicules pouvait être analysé comme un « *contrat de fourniture de services de transport* »¹⁴⁷⁵. Cette dernière décision est particulièrement éclairante. Le contrat de bail apparaît comme l'archétype même du contrat de mise à disposition¹⁴⁷⁶ ; or si ce contrat peut être considéré comme relevant de la catégorie des fournitures de services, il semble que de façon générale, la présence d'une obligation de mise à disposition à titre principal n'exclut pas par principe la qualification de fourniture de services¹⁴⁷⁷. La solution rayonne d'ailleurs en droit interne, la première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi pu affirmer le 28 novembre 2006 que le prêt d'argent devait également être considéré comme « *une fourniture de services s'adressant à des consommateurs* »¹⁴⁷⁸. Dès lors, l'affirmation liant irréductiblement les contrats de services aux obligations de faire n'apparaît plus fondée. Ce type de contrats peut parfaitement donner naissance à une obligation de *praestare*. La référence à la notion de fourniture de services pour tenter

¹⁴⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, Bull. civ. I, n°61, RDC 2008, p. 786, obs. A. BÉNABENT ; RLDC 2008, n°49, p. 17, comm. C. Le GALLOU ; D. 2008, p. 1729, comm. H. KENFACK.

¹⁴⁷³ P. BERLIOZ, préc., n°69.

¹⁴⁷⁴ CJUE, 21 octobre 1999, aff. C-97/98.

¹⁴⁷⁵ CJUE, 10 mars 2005, aff. C-336/03, JCP 2005, II, 10059, comm. J.-C. ZARKA.

¹⁴⁷⁶ Sur ce point, V. *Supra* n° 180 et s.

¹⁴⁷⁷ Rapp. P. BERLIOZ, préc., n°69, qui affirme qu'« *aucun argument ne semble permettre d'exclure la qualification de fourniture de services au sujet de la mise à disposition* ».

¹⁴⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, Bull. civ. I, n°518, RTD com. 2007, p. 510, note D. LEGAIS. La solution avait déjà été retenue par la juridiction communautaire, en ce sens, V. CJUE, 14 novembre 1995, aff. C-484/93 ; *Contra*, refusant de qualifier de prestation de services « *la délivrance d'une somme d'argent en exécution d'un contrat de prêt* », Cass. com. 9 mars 1999, Bull. civ. IV, n°56, D. 2000, p. 769, comm. J. BEAUCHARD ; RTD com. 1999, p. 729, obs. M. CABRILLAC.

de délimiter strictement la frontière entre le *facere* et le *praestare* n'est donc pas opérante.

284 - L'inadéquation de la référence à la notion de fournitures de service. Le contenu obligationnel des contrats emportant une fourniture de services ne semble pas réduit à la seule production d'obligations de faire. Au contraire, il apparaît que les obligations de mise à disposition s'intègrent parfaitement, même à titre principal, dans ces opérations. Dès lors, le critère et la qualification de la fourniture de services se brouillent. Il est alors proposé d'analyser la fourniture de services par opposition non pas aux contrats portant sur des biens, mais à ceux emportant un transfert de propriété. Seraient donc des fournitures de services les contrats non translatifs de propriété¹⁴⁷⁹. La distinction se heurte alors au problème suscité par la qualification du prêt d'argent qui est à la fois translatif de propriété et envisagé comme une fourniture de services. Un auteur propose alors de qualifier le contrat en fonction de la finalité de l'opération et non de l'obligation caractéristique¹⁴⁸⁰ : le transfert de propriété n'étant pas la finalité du prêt, constituée par « *la disposition temporaire des fonds* »¹⁴⁸¹, le prêt s'intègre dans la catégorie des fournitures de services.

Il n'est néanmoins pas question d'affirmer que la notion de fourniture de services soit de nature à s'appliquer à tous les contrats à l'exception de la vente de marchandises. La Cour de justice de l'Union européenne estime, en effet, que la disposition de l'article 5-1 b) doit être interprétée de façon relativement stricte. C'est ainsi qu'elle a pu juger le 23 avril 2009 qu'« *un contrat, par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération, ne relève pas des contrats de fourniture de services, au sens de l'article 5, point 1, sous b)* »¹⁴⁸². L'arrêt est important à plus d'un titre. Il permet tout d'abord d'exclure de la qualification de fourniture de services les contrats emportant le transfert de biens incorporels. Mais de façon plus large, la Cour exclut ce type de contrat non en raison d'un éventuel effet translatif de propriété¹⁴⁸³, mais en contemplation de l'obligation du cédant qui n'« *accomplit aucune prestation en (...) concédant l'exploitation et s'engage*

¹⁴⁷⁹ P. BERLIOZ, préc. n°76 et s.

¹⁴⁸⁰ P. BERLIOZ, préc. n°101 et s.

¹⁴⁸¹ P. BERLIOZ, préc. n°135.

¹⁴⁸² CJUE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, Europe juin 2009, comm. 263, note L. IDOT ; RLDA 2009, n°39, p. 57 et s., comm. G. CAVALIER ; JCP 2009, n°31-35, p. 46, n°9, obs. P.-Y. ARDOY ; RDC 2009, p. 1558, comm. É. TREPPOZ.

¹⁴⁸³ Comme l'avait suggéré P. BERLIOZ, préc., n°85 et s.

seulement à laisser son cocontractant exploiter librement ledit droit »¹⁴⁸⁴. Dès lors, les contrats n'emportant pas la réalisation positive d'une prestation ne sauraient être qualifiés de fournitures de services¹⁴⁸⁵. Aussi apparaît-il que seule une définition particulièrement large peut être retenue de la fourniture de services. Pourraient ainsi être qualifiés de la sorte les contrats conclus à titre onéreux, non translatifs de propriété à titre principal, obligeant le fournisseur à déployer une certaine activité positive et ne portant pas sur un droit. Cette notion envisagée à la lumière du droit communautaire peut frustrer le juriste en ce qu'elle est « *plus économique que juridique* »¹⁴⁸⁶ ; elle ne peut donc être retenue afin de délimiter strictement le champ d'application des obligations de mise à disposition. Son domaine ne peut être réduit aux seules obligations de faire mais il n'englobe pas pour autant l'ensemble des obligations de mise à disposition¹⁴⁸⁷. Contrairement à ce qui peut parfois être affirmé, la frontière entre obligation de *facere* et de *praestare* ne peut être déterminée en fonction de ce critère. Dès lors, seule une analyse téléologique permet d'opérer le départ entre l'obligation de mise à disposition et l'obligation de faire.

B. La frontière proprement dite

285 - Obligation de faire et obligation de mise à disposition, la confusion des genres. Lorsque le contrat donne naissance à une pluralité d'obligations, il n'est pas évident de distinguer ce qui relève de l'obligation de faire et ce qui relève de l'obligation de mise à disposition. Dans ces situations, et plus particulièrement en matière de contrat d'entreprise, il est frappant de remarquer que l'obligation de *praestare* est souvent masquée derrière l'obligation de *facere*. Le

¹⁴⁸⁴ CJUE, 23 avril 2009, préc., point n°31.

¹⁴⁸⁵ L'affirmation peut être nuancée, la Cour prend le soin, aux points 34 et 35 de préciser que la définition de la fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) au sens du règlement « Bruxelles I » n'est pas nécessairement la seule définition de cette notion. Interprétée à l'aune de l'article 50 du traité CE, la fourniture de services, pourrait en effet être interprétée de façon plus large : « *aucun élément tiré de l'économie ou du système du règlement n° 44/2001 n'exige d'interpréter la notion de «fourniture de services» figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, dudit règlement, à l'aune des solutions dégagées par la Cour en matière de libre prestation de services au sens de l'article 50 CE. Si ce domaine donne lieu, le cas échéant, à des interprétations larges de la notion de services, cette approche est motivée par le souci que le plus grand nombre d'activités économiques ne relevant pas de la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes n'échappe pas pour autant à l'application du traité CE* ».

¹⁴⁸⁶ P. BERLIOZ, préc. n°2.

¹⁴⁸⁷ La vente étant par nature exclue des fournitures de services.

contrat tend vers la réalisation d'une activité par l'entrepreneur ; or, bien qu'une mise à disposition soit parfois nécessaire à celle-ci, elle est absorbée par l'importance de l'obligation de faire (1). Un tel constat serait de nature à compromettre l'existence autonome de la catégorie des obligations de *praestare*. Éternellement subordonnée au *facere*, sa systématisation serait vaine. Toutefois, cette absorption n'est pas systématique. Au contraire, dans certaines hypothèses, c'est la mise à disposition qui efface l'obligation de faire, et parfois même là où la tentation serait grande de voir un *facere*, se dissimule en réalité un véritable *praestare* (2).

1. L'apparente subordination du *praestare* au *facere*

286 - Le constat d'une absorption du *praestare* par le *facere* dans le contrat d'entreprise : le jeu de la finalité du contrat. Défini par l'article 1710 du Code civil comme « *le contrat par lequel une personne s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* », le contrat d'entreprise semble, de par sa définition, donner essentiellement naissance à des obligations de faire. Néanmoins, comme le notent certains auteurs, la mise à disposition du bien n'est pas étrangère à ce contrat et peut constituer « *la source du service rendu* »¹⁴⁸⁸. Ainsi, dans certaines situations, la mise à disposition d'un bien s'intègre au contrat d'entreprise et permet la réalisation du service. L'objet de l'obligation de l'entrepreneur apparaît dès lors double. Puisqu'il doit réaliser une certaine activité, un travail, il est tenu d'un *facere* ; mais puisqu'au final il doit mettre le bien à disposition du créancier, il est également tenu d'une obligation de *praestare*¹⁴⁸⁹. Cette obligation de mise à disposition apparaît toutefois absorbée par l'obligation de faire¹⁴⁹⁰ : dans cette conception, cette dernière n'est pas envisagée en fonction du « *comportement qu'elle prescrit [mais] par le résultat qu'elle impose à son débiteur* »¹⁴⁹¹, à savoir, en

¹⁴⁸⁸ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise, op. cit.*, n°60 et s et du même auteur, *Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ?*, RDC 2005, p. 1111, spéc. p. 1115 ; G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du code civil*, préc., n°27 et s.

¹⁴⁸⁹ P. PUIG, *Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ?*, p. 1115, « *l'objet du contrat d'entreprise est marqué du sceau de la dualité : débiteur d'une obligation de faire (au sens de facere), l'entrepreneur crée toujours la valeur qu'il transmet. À la fourniture d'un travail, créateur de richesses, succède la fourniture du résultat de ce travail, cas de l'ouvrage achevé ; création d'une valeur puis transfert de la valeur* »

¹⁴⁹⁰ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise, op. cit.*, n°71, « *l'obligation de fourniture (praestare), objet du contrat, est absorbée par une obligation de faire (facere) que commande la finalité du contrat* » ; Rappr. J. SÉNÉCHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, recherches sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préface M. DÉFOSSEZ, PUAM, 2008, n°205 et s.

¹⁴⁹¹ G. PIGNARRE, préc., n°30.

matière de contrat d'entreprise, le service attendu par le maître de l'ouvrage. L'analyse proposée conduit ainsi à distinguer l'objet de la prestation et la finalité de la prestation. Le premier « *est ce sur quoi – ou sur qui – porte l'activité développée* »¹⁴⁹², la seconde s'apparente au but recherché par les parties, « *ce vers quoi tend la prestation* »¹⁴⁹³. L'obligation de mise à disposition ne constitue alors plus une fin mais seulement un moyen de réaliser la prestation : la finalité du contrat n'est pas la mise à disposition du bien en elle-même, mais l'activité déployée par l'entrepreneur.

L'absorption théorique de la mise à disposition par le résultat final est également perceptible en pratique, puisqu'elle n'est libératoire qu'autant que l'obligation de faire de l'entrepreneur a été réalisée parfaitement. Il apparaît, en effet, que l'article 1245¹⁴⁹⁴ du Code civil n'a guère sa place en matière de contrat d'entreprise. Il a ainsi pu être remarqué que si cet article « *a quelque sens dans le contrat de vente s'agissant d'un immeuble ancien ou d'un bien meuble d'occasion, ce texte n'est pas adapté au louage d'ouvrage : ce que les parties visent dans la construction à réaliser, la pièce à façonner ou l'équipement à mettre en place est, dans l'immense majorité des cas, une réalisation à l'état neuf et il est hors de question d'envisager que la délivrance puisse ne pas être effectuée de cette façon* »¹⁴⁹⁵. Le fait que l'entrepreneur ne mette pas la chose à la disposition du maître de l'ouvrage dans les délais prévus au contrat laisse supposer que le premier n'a pas exécuté correctement son obligation de faire, c'est-à-dire réaliser le travail prévu. Aussi, par le prisme de la sanction du manquement à l'obligation de mise à disposition, « *c'est (...) l'obligation d'exécuter le travail, dont la première n'est finalement que la réalisation, que l'on censure* »¹⁴⁹⁶. À ce titre, le maître de l'ouvrage peut obtenir la résolution du contrat¹⁴⁹⁷ ou l'exécution de l'obligation sous astreinte¹⁴⁹⁸. De même, la solution est identique si l'entrepreneur délivre un ouvrage qui n'est pas achevé : bien que la mise à disposition soit réalisée, celui-ci ayant renoncé à ses pouvoirs sur la chose, il ne peut se considérer comme étant libéré. De ces constatations, il ressort la force du lien

¹⁴⁹² P. PUIG, *op. cit.*, n°85.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ Art. 1245 C. civ., « *le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure* ».

¹⁴⁹⁵ J. HUET, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°32555 ; *Contra*, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, *op. cit.*, 431.

¹⁴⁹⁶ B. BOUBLI, *Rep. civ. Dalloz*, V° *Contrat d'entreprise*, avril 2003, n°82.

¹⁴⁹⁷ Cass. Req. 3 septembre 1940, *Gaz. Pal.* 1940. 2. 88

¹⁴⁹⁸ Cass. civ. 3^e, 10 avril 1973, *Bull. civ. III*, n°268.

unissant les deux types d'obligations présentes en matière de contrat d'entreprise. Bien que l'obligation de *praestare* soit présente, elle peine à manifester une réelle autonomie vis-à-vis du *facere* qui l'absorbe en contemplation de la finalité du contrat.

287 - La reconnaissance de l'obligation de *praestare* subordonnée à l'importance de l'activité. Dans certaines hypothèses il est possible de constater que le mouvement d'absorption de l'obligation de *praestare* par le *facere* est inversé. L'obligation de mise à disposition prend alors le pas sur l'obligation de faire et la remise de la chose devient l'élément principal du contrat. Un tel constat a nécessairement des conséquences sur la qualification du contrat ; lorsque la mise à disposition est première et que l'obligation de faire n'est qu'un moyen de permettre la réalisation de l'opération prévue par les parties, la qualification de contrat d'entreprise semble devoir être exclue. Ce raisonnement est adopté par certains textes et notamment par la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Celle-ci affirme, en effet, à l'article 3.1 que « *sont réputées ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production* », et à l'article 3.2 que « *la présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de services* ». Il ressort de ces prescriptions que lorsque la part prépondérante du contenu obligationnel du contrat est constituée par une obligation de faire, la qualification de vente ne peut s'appliquer. *A contrario*, si l'obligation principale est la mise à disposition de la chose, le contrat ne peut être qualifié de contrat de d'entreprise. Application de la maxime *accessorium sequitur principale*¹⁴⁹⁹, ce critère économique¹⁵⁰⁰ ou objectif¹⁵⁰¹ compare la valeur des marchandises et celle du travail fourni afin de déterminer la qualification du contrat. Si l'activité déployée par l'entrepreneur est plus importante, l'obligation principale est de *facere* et le contrat est un contrat d'entreprise. Si au contraire, la matière fournie par l'entrepreneur représente une valeur plus importante, l'obligation principale est de mettre à disposition et le contrat est une vente. Suivant la proposition, la présence

¹⁴⁹⁹ En ce sens, V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, *Contrats civils deuxième partie*, par A. ROUAST, R. SAVATIER et J. LEPARGNEUR, Paris, LGDJ, 1932, n°912 ; l'application de cette règle est déjà suggérée par R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, T. IV, *Traité du contrat de louage*, par M. BUGNET, Paris, Cosse, Marchal et Plon, 2^e éd., 1861, n°394.

¹⁵⁰⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°416.

¹⁵⁰¹ G. CAVALIER, *La notion de fourniture de services au sens de Bruxelles I*, RLDA 2009, n°39, p. 57 et s., spéc. p. 61 et s.

d'une obligation de *praestare* à titre principal dans le contrat, conditionnant la qualification de celui-ci, dépendrait donc de la valeur attribuée à l'obligation de *facere*. La découverte d'une obligation de mise à disposition est dès lors subordonnée au sort de l'obligation de faire¹⁵⁰².

La subordination de l'obligation de mise à disposition à l'obligation de faire dans la recherche d'une qualification du contrat se retrouve également lorsqu'une opération mêlant ces deux obligations doit être qualifiée de bail ou d'entreprise. Il ressort, en effet, de la jurisprudence que lorsque la prestation principale porte sur la mise à disposition d'une chose, la qualification de bail s'impose, mais lorsque c'est avant tout une activité de la part du débiteur qui est attendue, le contrat est qualifié d'entreprise. Néanmoins, c'est toujours en contemplation de l'importance de l'obligation de faire qu'est déterminée la qualification. Ainsi par exemple, il a pu être jugé qu'un entrepreneur, qui organise des promenades à cheval selon un itinéraire déterminé, agit en exécution d'un contrat d'entreprise et non d'un bail, bien que la prestation s'accompagne de la mise à disposition des chevaux¹⁵⁰³. Cette qualification se comprend aisément, à l'analyse la prestation essentielle consiste dans l'organisation du parcours et non véritablement dans la mise à disposition. L'obligation de mise à disposition n'est alors qu'un moyen permettant la réalisation de la prestation. Parfois au contraire, bien qu'une obligation de faire et une obligation de mise à disposition soient mélangées, c'est la seconde qui est jugée principale. C'est notamment le cas d'une convention organisant la mise à disposition d'un véhicule avec chauffeur, qui doit être qualifiée de louage¹⁵⁰⁴ et non d'entreprise puisque la prestation consistant

¹⁵⁰² Un temps suivi par la jurisprudence (V. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} août 1950, S. 1951. 1. 100 ; RTD civ. 1951, p. 388, obs. J. CARBONNIER ; Cass. com. 2 janvier 1968, Bull. civ. IV, n°6), ce critère semble toutefois aujourd'hui concurrencé par une appréciation « *subjective* » (G. CAVALIER, *préc. spéc.* p. 61 et s.) ou « *psychologique* » (V. par ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux, op. cit.*, n°416 ; F. LABARTHE, JCP 1995, I, 3880). Celle-ci ne tient pas compte de la nature des obligations en cause mais de la liberté de l'entrepreneur : le contrat devrait être qualifié d'entreprise si l'entrepreneur exécute la prestation sous le contrôle et la direction du maître de l'ouvrage et de vente si le fabricant agit librement. V. en ce sens, Cass. com. 3 janvier 1995, Bull. civ. IV, n°2, JCP 1995, I, 3880, obs. F. LABARTHE ; Cass. com. 17 mars 1998, Bull. civ. IV, n°104 ; Cass. com. 9 novembre 2005, inédit pourvoi n°03-11036 et Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°102, RDC 2005, p. 1111 et s., comm. P. PUIG.

¹⁵⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 1985, Bull. civ. I, n°111, « *À la différence du loueur de chevaux proprement dit, dont la clientèle se compose "de véritables cavaliers, aptes à se tenir sur leur monture en la faisant galoper ou trotter dans les directions choisies par eux" et qui acceptent des lors de courir des risques en se livrant sciemment à la pratique d'un sport dangereux, l'entrepreneur de promenades équestres s'adresse "à de simples touristes, ignorant tout de l'équitation, pour leur procurer le divertissement d'un transport à dos de cheval selon un itinéraire déterminé"* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1986, Bull. civ. I, n°64, RTD civ. 1986, p. 608, obs. Ph. RÉMY.

¹⁵⁰⁴ V. par ex. Cass. com. 11 mai 1956, Bull. civ. II, n°248, D. 1957, p. 121, comm. R. RODIÈRE.

dans la conduite du véhicule – l'obligation de faire – est accessoire à l'obligation principale, qui consiste dans le fait de mettre ce bien à la disposition du preneur.

L'analyse en contemplation de l'importance de l'obligation de faire est inévitable : matériellement, l'intensité de la mise à disposition ne varie pas, elle consiste toujours dans le dessaisissement temporaire ou non d'une chose ; seule est modifiée l'intensité des prestations attendues en sus de cette obligation. Aussi, n'est-ce qu'en rapport à l'étendue de l'obligation de faire que peut être déterminée la qualification du contrat¹⁵⁰⁵. Un mouvement inverse peut toutefois être retenu dans certaines hypothèses. Parfois, là où la tentation serait grande de ne voir qu'une obligation de faire ou de ne pas faire, il y a, en réalité une obligation de mise à disposition : le *facere* s'efface alors au profit du *praestare*.

2. L'effacement du *facere* au profit du *praestare*

288 - L'apparence d'une obligation de ne pas faire, l'exemple du contrat de licence. Dans certaines hypothèses, des obligations qui, au premier regard, pourraient être qualifiées d'obligation de ne pas faire, relèvent en réalité de l'obligation de *praestare*. Si, souvent, l'obligation de ne pas faire peut être rattachée à l'obligation de faire¹⁵⁰⁶, une telle qualification n'est pas toujours adaptée. Ainsi, en matière de concession de droit de propriété intellectuelle et plus particulièrement de contrat de licence, l'obligation du concédant pourrait être analysée à la lumière de l'obligation de mise à disposition. L'affirmation n'est pas une évidence ; la Cour de Justice de l'Union Européenne affirme en effet que « *le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'accomplit aucune prestation en en concédant l'exploitation et s'engage*

¹⁵⁰⁵ C'est pourquoi, bien que la mise à disposition d'un logement meublé soit en principe un bail, si cette mise à disposition s'accompagne de différentes prestations fournies (nettoyage de la chambre, gardiennage...) comme c'est le cas dans l'hypothèse d'un contrat passé avec un hôtelier, le juge écarte la qualification de bail et peut qualifier cette opération de contrat d'hôtellerie, qui peut lui même s'analyser en un contrat d'entreprise (en ce sens, V. par ex., P. PUIG, *op. cit.*, n°66 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°818 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°32486 ; Contra voyant dans le contrat d'hôtellerie un contrat innommé, V. par ex., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, T.I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°89 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface D. TALLON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 93, n°173) ; Refusant la qualification de bail pour un tel contrat V. Cass. soc. 12 mars 1954, D. 1954, p.311, RTD civ. 1954 p.515, obs. J. CARBONNIER ; Rappr. recherchant la qualification d'un contrat passé entre une maison de retraite et une personne âgée, Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 1998, Bull. civ. III, n°145, RD imm. 1998, p. 694, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ, « *le contrat de séjour par lequel une maison de retraite s'oblige à héberger une personne âgée et à fournir des prestations hôtelières, sociales et médicales n'[est] pas soumis aux règles du Code civil relatives au louage de choses* ».

¹⁵⁰⁶ V. *Supra* n° 256.

seulement à laisser son cocontractant exploiter librement ledit droit »¹⁵⁰⁷. La position du juge communautaire peut se comprendre : dans ce type de contrat, portant sur un bien incorporel, la délivrance s'opère conformément à l'article 1607 du Code civil et pourrait être considérée comme réalisée par le seul consentement du cédant. Aussi un auteur peut-il relever qu'en matière de licence de brevet « cette obligation n'a qu'un contenu purement négatif. Elle consiste, en réalité, à ce que le breveté ne mette aucun obstacle à l'exploitation paisible par le licencié de l'invention concédée »¹⁵⁰⁸. La délivrance est ensuite complétée par l'obligation de ne pas troubler la jouissance de cessionnaire¹⁵⁰⁹, l'éviction pouvant venir du cédant lui-même ou de tiers. Ces différents aspects militent alors pour la reconnaissance d'une obligation de ne pas faire à la charge de ce dernier¹⁵¹⁰. Néanmoins, une interprétation alternative est possible.

289 - La découverte d'une véritable obligation de *praestare*. Différents éléments convergent vers la reconnaissance d'une obligation de mise à disposition. Limiter les obligations du concédant dans un contrat de licence à une obligation de ne pas faire paraît, en effet, particulièrement réducteur. Puisque ce contrat porte sur l'autorisation d'exploitation d'un droit moyennant rémunération, une partie de la doctrine tend à le rapprocher du contrat de bail¹⁵¹¹, ou du prêt à usage lorsque

¹⁵⁰⁷ CJUE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, préc. La Cour suit ici les conclusions de l'avocat général présentées le 27 janvier 2009, pt. 58 : « bien qu'une licence soit concédée contre rémunération, le donneur de licence n'accomplit, en effet, aucun acte actif en concédant la licence. Il autorise le preneur de licence à exploiter le droit de propriété intellectuelle, objet de la licence; l'acte qui est exigé de la part du donneur de licence est de signer le contrat de licence et de laisser effectivement l'objet de la licence en exploitation ».

¹⁵⁰⁸ J.-J. BURST, *Licence de brevet, Effets du contrat de licence*, J.-Cl. Brevets, fasc. 491, n°4 ; Rappr, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n°282.

¹⁵⁰⁹ Pour un exemple de trouble de jouissance en matière de licence d'exploitation de brevet, résultant de l'exploitation indue d'une copie par un concurrent, V. Cass. com. 26 février 1968, Bull. civ. IV, n°82.

¹⁵¹⁰ En ce sens, G. CAVALIER, *La notion de fourniture de services au sens de Bruxelles I*, préc., p. 60, « or, l'obligation de laisser l'objet de la licence en exploitation n'est-elle pas celle de ne pas faire quelque chose (de ne pas porter atteinte aux droits conférés par la licence) ? ».

¹⁵¹¹ V. par ex. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, n°560, qui affirme que la licence est une « sorte de louage de l'œuvre, en général entre professionnel (...) sans transfert de propriété ni même parfois d'exclusivité. On lui appliquera les règles du louage et du contrat de représentation ». Pour l'assimilation entre la licence de brevet et le bail, V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *op. cit.*, n°273 ; Adde, V. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, T. II, p. 263 ; R. JOLIET, *Le contrat de licence en droit civil belge et français*, RTD com. 1982, p. 167 et s., spéc. p. 173 ; CA PARIS, 21 octobre 1999, D. 2002, p. 1195, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *Contra*, qualifiant ce contrat de contrat innommé *sui generis*, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°360.

l'exploitation est concédée à titre gratuit¹⁵¹². La prestation du concédant ne peut alors être restreinte à une obligation de ne pas faire ; en effet, ce dernier peut être tenu d'une obligation d'assistance lorsque le contrat le prévoit, ou lorsqu'elle présente une grande importance pour l'exploitation¹⁵¹³. Par ailleurs, il est parfois considéré qu'il peut être débiteur d'une obligation de communication des perfectionnements¹⁵¹⁴ et d'une obligation de communication du savoir-faire¹⁵¹⁵. La place et l'intensité de ces dernières peuvent être sujettes à débat ; la question qui se pose étant alors de savoir si « *par la communication de ce know-how, le concédant doit permettre non pas une exploitation quelconque de l'innovation, mais une exploitation optimale de l'invention réservée* »¹⁵¹⁶. Si de nombreux auteurs semblent admettre le principe de la communication du savoir-faire, même lorsqu'aucune clause du contrat n'en impose le principe¹⁵¹⁷, le fondement de l'obligation reste douteux¹⁵¹⁸. Or l'abandon en la matière de la référence à l'obligation de ne pas faire, ainsi que la qualification d'obligation de *praestare* et l'analyse de la licence en contemplation du contrat de bail permettent de fournir un fondement solide. Il a été vu précédemment que le bailleur est tenu, au titre de son obligation de mise à disposition, d'une obligation de faire jouir paisiblement le preneur¹⁵¹⁹. Le raisonnement peut être transposé au contrat de licence : il apparaît tout à fait envisageable de considérer que le concédant est tenu d'une obligation de mise à disposition et donc de faire jouir paisiblement mais surtout utilement le licencié. À ce titre, à l'image d'un bailleur tenu des réparations, le breveté pourrait être tenu de communiquer le savoir-faire et les perfectionnements afin de parfaitement exécuter son obligation de *praestare*. En la matière, l'obligation de ne

¹⁵¹² Cependant, « *la rareté pratique de cette hypothèse permet de la considérer comme négligeable* », J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *op. cit.*, n°273.

¹⁵¹³ Cass. com. 4 novembre 1958, Bull. civ. III, n° 372 ; V. toutefois, TGI Paris 20 mars 1976 : D. 1979, chr. p. 5, annexe sous J.-J. BURST, *L'assistance technique dans les contrats de transferts de technologie*, chron. p. 1 et s. qui affirme qu'« *en l'absence d'une stipulation expresse au contrat, le donneur de licence n'a pas l'obligation de donner au licencié son assistance technique* ».

¹⁵¹⁴ V. par ex. TGI Avesnes-sur-Helpe, 2 février 1961, D. 1961, 652, note A. VASSEUR ; CA PARIS, 2 juillet 1952, Ann. prop. ind., 1955, p. 65, note R. PLAISANT ; CA Paris 4 février 1959, D. 1959, p. 348.

¹⁵¹⁵ Cass. com. 12 février 1969, Quot. Jur. 27-29 mai 1969, n°62, p. 10. De l'aveu de certains auteurs, il n'existe néanmoins pas de « *règles générales en la matière* », J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *op. cit.*, n°284.

¹⁵¹⁶ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, Rep. com. Dalloz, *Brevet d'invention*, avril 2003, n°601.

¹⁵¹⁷ V. par ex. J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 447 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5^e éd., 1998, n° 313.

¹⁵¹⁸ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., n°601, estiment « *que l'article 1134, alinéa 3, du code civil, imposant l'exécution de bonne foi de la convention et le recours aux usages, peut établir une obligation dans le cas, tout au moins, de « licences lourdes* ».

¹⁵¹⁹ V. *Supra* n° 182 et s.

pas faire s'efface donc pour se rattacher à une obligation plus large, celle de mettre le droit à la disposition du cessionnaire.

290 - Synthèse. L'obligation de mise à disposition est difficile à identifier. S'il est parfois proposé d'opérer la distinction entre l'obligation de faire et l'obligation de mise à disposition à l'aune de la notion de fourniture de services, il a pu être démontré que ce critère ne peut être considéré comme opérant. La fourniture de services est, en effet, une notion large qui n'est pas hermétique à la mise à disposition de biens. Aussi, puisque l'obligation de faire et l'obligation de mise à disposition se trouvent parfois mêlées, seule une analyse en fonction de la finalité du contrat permet-elle d'opérer une nette distinction entre ces obligations. Un double constat peut alors être dressé. Souvent, l'obligation de mise à disposition est absorbée par l'obligation de faire : bien qu'existant, le *praestare* est subordonné à l'activité résultant du *facere* qui constitue la finalité du contrat. Ce phénomène d'absorption est d'ailleurs confirmé par l'analyse de l'opération de qualification du contrat qui ne peut être réalisée qu'en contemplation de l'importance que revêt l'obligation de faire. Dans d'autres hypothèses néanmoins un mouvement inverse doit être relevé : la mise à disposition, bien qu'étant combinée à une obligation de faire ou de ne pas faire, constitue véritablement la finalité du contrat. Dès lors le *facere* s'efface au profit du *praestare*, auquel il est alors possible de découvrir une véritable autonomie.

291 - Conclusion de section : les obligations de *praestare*, une catégorie d'obligations à part entière. L'intégration d'une obligation de *praestare* permet d'opérer une véritable clarification dans la classification des obligations d'après leur objet. Elle apparaît non seulement dotée d'un contenu propre, mais semble également suffisamment large pour être érigée en véritable catégorie autonome d'obligations aux côtés de l'obligation de faire. Dans un premier temps, la clarification est apportée par la possibilité d'y intégrer l'obligation monétaire. Cette dernière, qui ne peut être qualifiée d'obligation de donner ou de faire, présente toutes les caractéristiques de la mise à disposition : elle est, en effet, avant tout, une obligation emportant la remise d'une chose. Par ailleurs, bien que la frontière entre les obligations de mise à disposition et de faire soit parfois ténue, elle n'en est pas moins bien réelle. Il est vrai que de nombreuses hypothèses tendent vers un amalgame du *facere* et du *praestare*, la seconde n'étant qu'un moyen de permettre la réalisation de la première. Ce constat est en réalité le fruit d'une méthode de raisonnement logique : puisque la mise à disposition constitue toujours, dans ces hypothèses, la même obligation, seule l'analyse de l'intensité du *facere*, permet de qualifier l'opération. Dès lors, envisagée uniquement en fonction d'une autre obligation, le *praestare* perd de sa vigueur et apparaît subordonnée au sort du *facere*. Néanmoins ce phénomène n'est

pas de nature à remettre en cause son existence propre ; en effet, dans certains cas c'est bien la mise à disposition qui est l'obligation principale. Si seule une analyse téléologique permet de déterminer l'importance de l'obligation de mise à disposition dans ses rapports avec l'obligation de faire, elle n'en est pas moins effective. Fruits de l'incapacité des obligations de faire à saisir les opérations emportant une remise de chose, les obligations de mises à disposition forment une catégorie d'obligations à part entière.

292 - Conclusion du Chapitre 1 : une véritable *summa divisio* entre obligations de faire et obligations de mise à disposition. Souvent critiquée, la distinction traditionnelle entre obligations de faire et de donner pèche à de nombreux égards. Point d'ancrage des faiblesses de la distinction, les opérations de transmission des choses semblent devoir être regroupées au sein d'une catégorie autonome : celle des obligations de mise à disposition. Il est en effet frappant de constater que le *facere* et le *dare* ne rendent qu'imparfaitement compte de ce type d'obligations. Les obligations de donner, dont l'existence même doit être remise en cause, ne portent que sur le transfert du droit et ne peuvent accueillir les obligations portant sur la remise de la chose. Il apparaît que la remise et la mutation du droit ne peuvent être confondues ; en effet, dans le cadre d'un contrat translatif la mise à disposition peut valablement intervenir avant ou après le transfert du droit ce qui atteste de son incapacité à emporter ce transfert. De même, l'assimilation des obligations portant sur les choses aux obligations de faire ne convainc pas. Elle a pour conséquence l'octroi d'un champ d'application extensif à cette dernière catégorie entraînant une véritable dénaturation de la notion. Partant, l'idée selon laquelle le *facere* aurait pour domaine propre les seules obligations portant sur l'activité personnelle et que le *praestare* aurait trait aux obligations relatives aux choses, permet de clarifier la situation en ce qu'elle tend vers la consécration d'une véritable *summa divisio* des obligations par leur objet. Néanmoins, si la mise en lumière des obligations de *praestare* et leur promotion au rang de type d'obligation paraissent souhaitables, la spécificité de cette catégorie doit être confirmée par l'attribution d'un régime juridique lui étant propre.

CHAPITRE 2

RECOMPOSITION DE LA *SUMMA DIVISIO* DES OBLIGATIONS

293 - L'intégration d'une obligation de mise à disposition comme instrument d'harmonisation des régimes juridiques des obligations. « *Le juriste doit résister à la tentation d'établir un nombre excessif de catégories. Sinon elles deviendraient inutilisables (...). Inversement, il ne faut pas se contenter de quelques grandes catégories, sinon on est conduit à faire entrer dans une même catégorie des éléments trop différents* »¹⁵²⁰. L'affirmation résume parfaitement le problème suscité par la classification des obligations en fonction de leur objet. Opposer les obligations de mise à disposition aux obligations de faire n'est pas une question de pure rhétorique, bien au contraire : « *mettre à disposition une chose n'est pas juridiquement faire quelque chose* »¹⁵²¹. Au-delà de leur distinction conceptuelle, ces deux catégories d'obligations ont vocation à produire des effets distincts et, partant, à se voir appliquer un régime propre à leur nature spécifique. C'est d'ailleurs ce qui peut être reproché à la présentation du Code civil. À considérer que le droit positif puisse se dispenser de l'obligation de donner, toute obligation serait de faire¹⁵²². Or une telle solution n'apparaît guère souhaitable en raison des disparités de régime qui en découleraient. Tel est du reste, le principal objectif d'une *summa divisio* : être en mesure, une fois la qualification établie, de prévoir par avance un régime juridique. Aussi, la systématisation de l'obligation de mise à disposition conduit-elle tout naturellement à envisager ce régime juridique spécifique. Elle se démarque alors de l'obligation de faire tant par son contenu et donc ses caractéristiques propres (section 1) que par les remèdes prévus en cas d'inexécution (section 2).

¹⁵²⁰ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, n°364.

¹⁵²¹ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n°11.

¹⁵²² Telle est d'ailleurs la solution proposée par les *Propositions de réforme du droit des contrats*, du groupe TERRÉ. L'alinéa premier de l'article 60 du projet dispose en effet que « *l'obligation a pour objet une prestation consistant à faire ou à ne pas faire* ».

Section I Mise en évidence des caractéristiques de l'obligation de mise à disposition

294 - Les motifs d'une distinction entre obligation de mise à disposition et obligation de faire. La tentative de reconstruction de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet paraît justifiée par l'étude de la prestation matérielle attendue du débiteur : les obligations de mise à disposition portent sur le mouvement des choses, alors que les obligations de faire ont trait aux activités impliquant la personne du débiteur. Toutefois, l'édification d'une distinction rationnelle des obligations ne peut se baser que sur des questions d'ordre presque factuel ; doivent donc être découvertes les nuances d'ordre purement juridique attestant de l'originalité de chacune de ces obligations. Différentes questions se posent alors. Comment prouver l'exécution de l'obligation de mise à disposition ? Comment et dans quelles conditions engager la responsabilité du *tradens* ? Est-il envisageable de modifier le contenu de cette obligation par l'insertion de clauses ? Afin de répondre à ces interrogations, il apparaît nécessaire d'établir un tableau des caractéristiques propres de l'obligation de mise à disposition pour constater si l'hypothèse de départ, postulant son originalité vis-à-vis de l'obligation de faire, se vérifie. Dans un premier temps, l'étude de sa nature juridique (§1) doit permettre d'en établir une qualification. Celle-ci se révèle indispensable, puisqu'elle doit conduire, notamment, à la détermination des modes de preuves admissibles de son exécution. Dans un second temps, l'analyse qu'entretient l'obligation de mise à disposition avec la responsabilité de son débiteur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution (§2) a vocation à démontrer l'intensité et l'étendue de son contenu.

§ 1. La mise à disposition envisagée comme un paiement

295 - Paiement et mise à disposition. Le paiement est classiquement analysé comme le mode normal d'extinction de la dette : c'est « *l'exécution effective de l'obligation, la prestation de la chose ou du fait qui était dû. Payer dans la langue du droit, ce n'est donc pas seulement faire un versement en espèces ; c'est exécuter*

son obligation, quel qu'en soit l'objet »¹⁵²³. Ainsi, lorsque l'obligation dont le débiteur vise l'extinction est une obligation de faire, le paiement « *de cette obligation consiste à faire la chose qu' [il] s'est obligé de faire* »¹⁵²⁴ ; parallèlement, lorsque l'obligation porte sur la mise à disposition, le paiement se réalise lorsque le *tradens* se dessaisit de la chose, ou, lorsque cette obligation se prolonge pendant toute la durée du contrat, en exécutant les différentes prestations auxquelles il est tenu. La simplicité de l'analyse juridique s'interrompt toutefois à ce point, tant la qualification de cette opération, pourtant presque naturelle, peut être sujette à controverse. Une telle qualification apparaît néanmoins comme l'indispensable préliminaire à la qualification plus spécifique de la mise à disposition ; en effet, la mise à disposition n'étant qu'une espèce d'un genre plus large, seule la détermination de la nature juridique du paiement (A) permet de jeter les bases de sa propre qualification (B).

A. L'obscur qualification du paiement

296 - Acte ou fait juridique : l'inextricable choix ? « *L'obligation est du devoir être et le paiement est le passage à l'être, donc un retour au fait. Mais payer est aussi une initiative, une décision, un choix, donc un acte, car on peut toujours préférer l'inertie à l'exécution spontanée* »¹⁵²⁵. La formule résume bien la situation, la notion de paiement semble suffisamment malléable pour pouvoir rentrer dans chacune des catégories : actes et faits juridiques. Pour autant, si deux qualifications sont susceptibles de recueillir cette opération, cela semble signifier qu'aucune n'est parfaitement adaptée. Malgré les efforts de la doctrine et les affirmations parfois péremptoires de la jurisprudence, il ne semble guère possible de qualifier le paiement de façon unitaire (1). Cet espoir déçu, n'empêche pas d'en consacrer une qualification flottante fondée sur l'objet de l'obligation (2).

¹⁵²³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil français*, T. 2, *op. cit.*, n° 400 ; *Contra*, A. SÉRIAUX, *Conception juridique d'une opération économique : le paiement*, RTD civ. 2004, p. 225 et s., qui considère que seul le paiement d'une somme d'argent peut être qualifié de paiement.

¹⁵²⁴ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. 2, *op. cit.*, n°494.

¹⁵²⁵ F. GRUA, *L'obligation et son paiement*, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 482, n°6.

1. L'impossible qualification unitaire du paiement

297 - La nature juridique débattue du paiement. La nature juridique du paiement n'est pas établie de façon particulièrement claire, sa qualification ne suscite guère l'unanimité. Partant du principe que le paiement consiste en un « *accord des volontés de l'accipiens et du solvens, l'un remettant volontairement la chose, l'autre consentant à la recevoir et à décharger le solvens de son obligation envers lui* »¹⁵²⁶, le paiement est traditionnellement considéré comme une convention¹⁵²⁷. Une telle présentation n'apparaît néanmoins pas opératoire. Il n'est, en effet, pas évident d'affirmer que le créancier qui reçoit un paiement doit nécessairement l'accepter pour libérer son débiteur¹⁵²⁸. Au contraire, un créancier ne saurait refuser un paiement pur et simple. Le trouble sur la qualification du paiement a toutefois été jeté par l'étude d'un auteur¹⁵²⁹, qui, reprenant des théories développées en Allemagne¹⁵³⁰ et en Italie¹⁵³¹, a pu qualifier le paiement de fait juridique¹⁵³². Cette théorie affirme ainsi que « *la volonté du débiteur (...) n'est pas un élément permanent et essentiel du payement* »¹⁵³³. Pour parvenir à cette conclusion l'auteur distingue deux facettes du paiement, qui doit alors être envisagé non seulement en tant qu'exécution de

¹⁵²⁶ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵²⁷ V. par ex., F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XVII, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1878, n°485, « *il y a dans tout payement un concours de volonté : il ne suffit pas de la volonté du créancier, il faut aussi la volonté du débiteur* » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°439, « *d'une manière générale, la preuve du paiement est soumise aux règles établies par la loi pour la preuve des conventions* » ; C. BEUDANT, *Cours de droit privé français*, par P. LAGARDE et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VIII, 2^e éd., 1936, n° 617 s ; Pour une application, tendant à qualifier le paiement de convention, V. par ex. Cass. civ. 19 octobre 1999, Bull. civ. I, n°285, RTD civ. 2000, p. 116, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC. 2000, n°1, p. 10, note L. LEVENEUR, « *la détermination de la nature juridique d'un paiement, fût-il effectué au moyen d'une carte bancaire, résulte de l'intention des parties, peu important sa date* ».

¹⁵²⁸ Ainsi, si le créancier refuse la chose ou la somme lui étant remise, la procédure d'offres réelles et de consignation permet au débiteur d'être libéré. V. N. CATALA, *La nature juridique du payement*, *op. cit.*, n°118 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n°783.

¹⁵²⁹ N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préface J. CARBONNIER, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1961, spéc. n°159 et s ; *Adde* du même auteur, JCP 1966, II, 14841, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1966.

¹⁵³⁰ V. par ex. P. Von. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig, éd. Veit & Comp., 1906, p. 82, 94, 107 et 117, cité par N. CATALA, *op. cit.*, n°144, n. 1.

¹⁵³¹ V. par ex. MARTORANA, *Della natura giuridica del pagamento*, Ann. Sem. Di Palermo, 1927, XIII, cité par N. CATALA, *op. cit.*, n°148, n. 2 ; R. NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milan, 1936, cité par N. CATALA, *op. cit.*, n°151, n. 3.

¹⁵³² En ce sens V. également, S. DOMINGUEZ, *L'indication de paiement*, thèse, Valenciennes, 2004, n°174 et s. ; *Adde* de façon plus nuancée, J. ISSA-SAYEGH, J.-Cl. civ., Art. 1235 à 1248, fasc. 20, *Paiement : caractères généraux, parties, effets*, Aout 2006, n°12 et s.

¹⁵³³ N. CATALA, *op. cit.*, n°159.

l'obligation mais également en tant qu'extinction de l'obligation¹⁵³⁴. Le constat dressé est alors que dans son premier aspect – l'exécution de l'obligation – la nature du paiement varie : il est toujours un fait juridique lorsqu'il intervient dans l'exécution d'une obligation de faire et il constitue un acte juridique lorsqu'il intervient en exécution d'une obligation de donner. Il est ensuite remarqué qu'envisagé en tant qu'extinction de l'obligation, le paiement est toujours un fait juridique¹⁵³⁵, or c'est cette facette qui constitue la finalité du rapport. Partant, il est affirmé que l'exécution de l'obligation « *ne revêt qu'une importance relativement secondaire* »¹⁵³⁶ et que le paiement constitue toujours un fait juridique.

L'aspect volontaire du paiement n'est toutefois pas totalement gommé, un débiteur pouvant, bien entendu, refuser d'exécuter la prestation due : l'extinction de l'obligation ne serait dès lors pas un effet de la volonté du débiteur, mais « *un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait* »¹⁵³⁷. Ainsi, la source de l'effet libératoire du paiement résiderait dans la loi¹⁵³⁸ et non dans la volonté des parties. Cette théorie semble confirmée par le fait que le paiement peut être réalisé par un débiteur qui ne serait pas le mandataire du débiteur. Or dans cette situation, la dette serait éteinte sans même que la volonté du débiteur ne soit en jeu. De même, le mécanisme de la compensation entraîne l'extinction des dettes indépendamment de la volonté des parties. C'est semble-t-il en considération de cette thèse que la première Chambre civile de la Cour de cassation a pu affirmer de façon péremptoire, le 6 juillet 2004, que « *la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens* »¹⁵³⁹. Posée à titre de principe, la solution semble avoir une portée particulièrement générale ; néanmoins, comme le note un commentateur de l'arrêt « *la prudence est ici requise* »¹⁵⁴⁰. La nature juridique du paiement n'apparaît guère susceptible d'être tranchée de la sorte.

¹⁵³⁴ N. CATALA, *op. cit.*, n°IX.

¹⁵³⁵ N. CATALA, *op. cit.*, n°86.

¹⁵³⁶ N. CATALA, *op. cit.*, n°84.

¹⁵³⁷ N. CATALA, *op. cit.*, n°161.

¹⁵³⁸ Et plus particulièrement l'article 1234 du Code civil.

¹⁵³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2004, Bull. civ. I, n°202, RDC 2005, p. 286, note Ph. STOFFEL-MUNCK et du même auteur, Communication Commerce électronique, n° 2, Février 2005, comm. 31; JCP éd. E. 2004, n°1642, comm. S. PIEDELIÈVRE ; Adde G. LOISEAU, *Réflexion sur la nature juridique du paiement*, JCP 2006, I, 171 ; Rappr. de l'article 1231 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui affirme que « *le paiement se prouve par tous moyens* ».

¹⁵⁴⁰ S. PIEDELIÈVRE, préc. La prudence est d'autant plus requise que quelques mois avant l'arrêt du 6 juillet 2004, la même chambre avait pu affirmer exactement l'inverse, en retenant « *que celui qui excipe du paiement d'une somme d'argent est tenu d'en rapporter la preuve conformément aux règles édictées par les articles 1341 et suivants du Code civil ; que c'est*

298 - Une tendance : la qualification de fait juridique ? Différents arguments ont pu être relevés afin de minimiser la portée de l'arrêt du 6 juillet 2004. Tirant parti du fait que dans l'arrêt, la remise des fonds n'était que partielle, il a pu être proposé de considérer que la solution ne visait pas véritablement le paiement mais uniquement le versement des fonds qui, en soi, constituerait le fait visé par l'attendu de principe : il ne faudrait donc pas lire « *la preuve du paiement, qui est un fait* », mais plutôt « *la preuve d'un versement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens* »¹⁵⁴¹. Pour séduisante et astucieuse que soit la proposition, elle n'emporte pas la conviction. Aussi, était-il possible de voir dans cet arrêt le paiement d'un acte mixte, c'est-à-dire conclu entre un commerçant et un non commerçant, dont la preuve, lorsqu'elle incombe au non commerçant peut être rapportée par tous moyens¹⁵⁴², ce qui le rapproche inexorablement du régime du fait juridique¹⁵⁴³. Néanmoins, la solution fut confirmée dans des arrêts en date du 5 juillet 2005¹⁵⁴⁴ et du 30 avril 2009¹⁵⁴⁵, rendus dans des affaires opposant, pour leur part, des particuliers et non pas un commerçant et un non commerçant. Le problème de la qualification du paiement serait donc résolu : il s'agirait sans conteste d'un simple fait juridique¹⁵⁴⁶. Toutefois, c'est de la Cour de cassation elle-même que le problème ressurgit. Un arrêt rendu le 11 janvier 2006 par la Chambre sociale¹⁵⁴⁷ semble, en effet, prendre le contre-pied des arrêts précédents. Rendu notamment au visa de l'article 1341, l'arrêt affirme que « *nonobstant la délivrance de fiches de paie, il incombait à l'employeur de rapporter la preuve du paiement du salaire conformément au droit commun* » et retient donc la qualification d'acte juridique pour le paiement. Si cette décision peut paraître surprenante en ce qu'elle consacre une véritable divergence de jurisprudence entre les différentes chambres de la Cour de cassation,

donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que la preuve du paiement de la soulte nécessitait un écrit », Cass. civ. 16 mars 2004, inédit, pourvoi n° 01-11274.

¹⁵⁴¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, RDC 2005, p. 287, préc. ; Rapp. A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°183, n. 6, qui estime qu'« *aucune foi ne peut être attachée à [l'arrêt en question] qui, sans doute par inadvertance, a énoncé qu'il s'agissait d'un fait juridique* ».

¹⁵⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1974, Bull. civ. I, n°80 ; Cass. com. 17 février 1976, Bull. civ. IV, n°58.

¹⁵⁴³ En ce sens V. S. PIEDELIÈVRE, préc.

¹⁵⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, inédit, pourvoi n°03-18109 ; V. en ce sens, G. LOISEAU, *préc.*, n°7.

¹⁵⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, inédit, pourvoi n° 08-13705 ; *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-13947, à paraître au bulletin, D. 2010, p. 2156, obs. X. DELPECH ; JCP 2010, p. 1776, obs. G. DEHARO.

¹⁵⁴⁶ La solution a d'ailleurs été reprise par la deuxième chambre civile, Cass. civ. 2^e, 17 décembre 2009, inédit, pourvoi n°06-18649, RTD civ. 2010, p. 325, obs. B. FAGES.

¹⁵⁴⁷ Cass. soc. 11 janvier 2006, Bull. civ. V, n°6, JCP éd. S. 2006, n°7, p. 20, note. P.-Y. VERKINDT.

elle n'est pas moins compréhensible. Avant les arrêts de 2004 et 2005, la jurisprudence semblait plutôt encline à qualifier le paiement d'acte juridique¹⁵⁴⁸. Cette position se conçoit et paraît même logique. La validité d'un paiement est, en effet, subordonnée à certaines conditions qui ne se retrouvent pas en matière de faits juridiques. Ainsi, le paiement doit avant tout être réalisé par un débiteur non frappé d'incapacité¹⁵⁴⁹, c'est ce que prévoit en substance l'article 1238 du Code civil qui affirme que « *pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner* ». Ensuite, de façon sûrement plus percutante, le paiement semble parfaitement s'accommoder de la définition de l'acte juridique traditionnellement retenue. Défini comme une « *opération juridique consistant en une manifestation de la volonté (...) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique* »¹⁵⁵⁰, l'acte paraît parfaitement en mesure de recueillir le paiement¹⁵⁵¹. Comme il est parfois remarqué¹⁵⁵², ce dernier présente les deux conditions nécessaires à la qualification d'acte juridique : il est nécessairement volontaire et « *a toujours pour dessein d'éteindre une dette* »¹⁵⁵³. Par une application pure et simple des dispositions du Code civil, le paiement pourrait ainsi être qualifié d'acte juridique¹⁵⁵⁴. Néanmoins, la tentation est grande, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'y voir un fait juridique. Acte tendant vers le fait¹⁵⁵⁵ ou fait tendant vers l'acte¹⁵⁵⁶, le paiement ne peut, en l'état, faire l'objet d'une qualification

¹⁵⁴⁸ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 5 juin 1970, Bull. civ. III, n°389 ; Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1974, Bull. civ. III, n°452, « *celui qui excipe du paiement de la totalité d'une dette, afin d'exercer un recours contre son codébiteur, est tenu de rapporter la preuve de l'acte juridique que constitue le paiement, conformément aux règles édictées par l'article 1341 du Code civil* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, Bull. civ. I, n°101, « *celui qui excipe du paiement d'une somme d'argent est tenu d'en rapporter la preuve conformément aux règles édictées par les articles 1341 et suivants du Code civil* ».

¹⁵⁴⁹ Au moins lorsqu'il est débiteur d'une obligation de donner, ou plutôt si l'acte est translatif de propriété.

¹⁵⁵⁰ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° « acte ».

¹⁵⁵¹ A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n°783 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, par F. CHABAS, Montchrestien, 2000, n°259 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, T. 3, *Régime général*, Litec, 5^e, 1997, n°211 ; Rapp. de façon indirecte, Ph. JESTAZ, *Rapport de synthèse*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, Études juridiques, 1999, p. 89.

¹⁵⁵² V. par ex. A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n°783.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ Comp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n°1088, qui considèrent que si le versement d'une somme d'argent constitue un fait, la volonté du créancier de considérer ce versement comme étant libératoire est un acte, dont la preuve doit être constituée par écrit, notamment par une quittance ; *Adde*, B. FAGES, obs. sous Cass. civ. 2^e, 17 décembre 2009, préc.

¹⁵⁵⁵ Puisque sa preuve pourrait être administrée par tous moyens.

¹⁵⁵⁶ Puisque le débiteur doit être capable juridiquement.

indiscutable. C'est à ce titre que certains auteurs peuvent y voir un « acte hybride »¹⁵⁵⁷ ou un acte juridique « *pas comme les autres* »¹⁵⁵⁸. Si l'expression résume bien l'ambiguïté de la situation, elle n'éclaire guère la qualification. Aussi est-il envisageable de tenter de qualifier le paiement en contemplation de l'obligation dont il vise l'extinction.

2. L'éventualité d'une distinction dans la qualification du paiement en fonction de la nature de l'obligation

299 - Le principe d'une qualification distributive. Partant de l'insatisfaction de la situation actuelle, voyant dans le paiement tantôt un acte juridique, tantôt un fait juridique, certains auteurs proposent de distinguer la qualification du paiement en fonction de l'obligation dont il vise l'extinction¹⁵⁵⁹. Ainsi, le paiement devrait être qualifié d'acte juridique « *chaque fois que la satisfaction du créancier, à laquelle tend l'exécution de son obligation par le solvens, passe par une modification de la situation juridique existante des protagonistes, laquelle ne peut être que volontaire* »¹⁵⁶⁰. À l'inverse, il s'analyserait comme un fait juridique « *lorsque la satisfaction que le créancier en retire se suffit de la matérialité de l'accomplissement de la prestation ou de celle du fait d'abstention* »¹⁵⁶¹. Suivant l'analyse, auraient donc vocation à être qualifiés d'actes juridiques, les paiements issus de l'exécution d'une obligation de donner¹⁵⁶² et des obligations de sommes d'argent. Dans ces hypothèses, les parties voient, en effet, leurs situations modifiées : la première était propriétaire

¹⁵⁵⁷ M.-L. MATHIEU-IZORCHE et S. BENILSI, Rep. civ. Dalloz, V° *Paiement*, mai 2009, n°2.

¹⁵⁵⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. et loc cit.

¹⁵⁵⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°529 et s. et n°646 et s. ; G. LOISEAU, *Réflexion sur la nature juridique du paiement*, préc. ; Rapp. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Toulouse, 1955, p. 279 et s. ; *Contra*, refusant de qualifier le paiement en fonction de la nature de l'obligation, H. MAZEAUD, *Cours de droit civil*, Faculté de droit de Paris, 1943-1944, p. 666, « *il ne s'agit pas de prouver la naissance d'une obligation, auquel cas on comprendrait que les procédés de preuve soient différents selon que l'obligation serait née d'un acte ou d'un fait ; il s'agit de prouver l'exécution de l'obligation, or l'exécution d'une obligation contractuelle a les mêmes caractères que l'exécution d'une obligation extracontractuelle* ».

¹⁵⁶⁰ G. LOISEAU, préc. n°4.

¹⁵⁶¹ G. LOISEAU, préc. n°6.

¹⁵⁶² Rapp. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, op. cit., n°51 et s., et n°160 et s. qui admet que lorsque le paiement est envisagé en tant qu'exécution de l'obligation de donner, il prend la nature d'un acte juridique. Néanmoins, appliquant son raisonnement, l'auteur estime que lorsqu'il est envisagé en tant que mode d'extinction de l'obligation, le paiement, même d'une obligation de donner est toujours un fait juridique.

d'un bien qui, une fois transmis, devient la propriété de l'autre. La transmission de la propriété, inhérente à ce type d'obligations, serait donc l'élément déterminant dans la qualification du paiement en acte juridique. Prolongeant le raisonnement, les auteurs affirment qu'au contraire, seuls pourraient recevoir la qualification de fait juridique les paiements réalisés par l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. La justification de la distinction réside dans le fait que dans l'hypothèse de l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, « *l'effet que la loi (...) attache [au paiement] en cas de satisfaction du créancier est lui-même hors du ressort des volontés* »¹⁵⁶³.

300 - Appréciation. L'idée d'une qualification distributive du paiement en contemplation de la nature de l'obligation paraît, au moins dans son principe, indispensable. Le paiement peine à être qualifié de façon unitaire. Les propositions voyant toujours dans le paiement un fait juridique ne peuvent être retenues. Celles-ci sont, en effet, basées sur une distinction qui ne semble pas pleinement justifiée. Si le paiement correspond à la fois à l'extinction de la dette et à l'exécution de l'obligation, il n'est pas certain que leur dissociation et leur hiérarchie soit opérante. Comme le note une partie de la doctrine, « *il n'y a pas d'un côté, un mode d'exécution et, de l'autre, un mode d'extinction, l'un servant l'autre. Le paiement est fondamentalement un acte d'exécution de la dette auquel est attaché, en cas d'exécution conforme, un effet extinctif* »¹⁵⁶⁴. Le raisonnement mené pour tenter de déterminer une hiérarchie entre les facettes du paiement peut même être inversé. Certes l'effet extinctif est un effet légal : la loi prévoit bien qu'en cas d'exécution la dette s'éteint. Toutefois, l'effet légal est conditionné par l'exécution de l'obligation, il est donc « *plus logique de distinguer (...) entre le paiement, qui est l'exécution de l'obligation, et l'extinction de l'obligation, qui n'en est que la conséquence : l'obligation s'éteint parce qu'elle a été exécutée* »¹⁵⁶⁵. Ce n'est donc qu'en contemplation d'un raisonnement discutable que le paiement peut être qualifié de fait juridique. Partant, la proposition de qualification distributive apparaît pleinement justifiée.

Telle que présentée, néanmoins, l'analyse distributive n'est pas sans susciter quelques incertitudes. Ici encore la critique peut être orchestrée à partir de la distinction opérée entre paiement d'une obligation de faire et paiement d'une obligation de donner. Cette dernière obligation serait, suivant la proposition, seule susceptible de voir son paiement qualifié d'acte juridique. Néanmoins, les effets d'une

¹⁵⁶³ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n°532.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ H., J., et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, 1^{er} vol., *Obligations, théorie générale*, 9^e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n°716.

telle obligation sont difficilement identifiables et son existence même s'avère pour le moins contestable¹⁵⁶⁶. En considérant que cette obligation n'existe pas, l'exécution de l'obligation ne s'analyserait jamais comme un acte juridique, mais constituerait toujours un fait juridique¹⁵⁶⁷. Il semble qu'en réalité, le transfert de propriété ne peut être l'objet d'un paiement : impossible objet de l'obligation, il ne peut être exécuté. Cette démonstration n'a néanmoins pas pour effet d'affirmer que le transfert de propriété s'analyse comme un fait juridique, bien au contraire. L'exigence d'un écrit, conformément à l'article 1341 du Code civil, reste applicable à ce transfert. Celui-ci se réalisant par l'échange des consentements, c'est de cet échange qu'il faut rapporter la preuve. Or l'échange des consentements constituant un acte juridique, la preuve ne peut en être rapportée que par écrit¹⁵⁶⁸. En conclusion, si le transfert de propriété est bien un acte juridique, il n'est pas à proprement parler un paiement puisqu'il ne peut être l'objet d'une obligation. L'ensemble des paiements serait donc des faits juridiques. Une telle situation peut toutefois être remise en cause et dépassée en intégrant une obligation de mise à disposition aux côtés de l'obligation de faire.

B. La nature du paiement dans la mise à disposition

301 - Tentative de classification de la mise à disposition. La mise à disposition intégrée en tant que catégorie autonome d'obligations, sa qualification participe nécessairement du débat sur la qualification plus générale du paiement. Deux principes peuvent être retenus, à ce stade de l'analyse : le paiement d'une obligation de faire peut être qualifié de fait et le paiement peut parfaitement être l'objet d'une qualification distributive attribuée en fonction de l'objet de l'obligation exécutée. Aussi, de la constatation suivant laquelle le *tradens*, en exécutant la mise à disposition manifeste sa volonté de créer des effets de droit, est-il possible d'induire une qualification dans la catégorie des actes juridiques (1). Se pose alors la question de savoir si un tel raisonnement est applicable à la mise à disposition lorsqu'elle n'est pas une obligation. Une réponse affirmative permettrait alors de considérer de façon unitaire l'ensemble des mises à disposition (2).

¹⁵⁶⁶ V. *Supra*, n° 247 et s.

¹⁵⁶⁷ Une telle position tendrait, par un autre moyen, à démontrer la conception unitaire du paiement.

¹⁵⁶⁸ Si, bien sûr, l'acte en question excède la valeur de 1500€, conformément à l'article 1341 du Code civil et au décret n°2004-836 du 20 août 2004.

1. La nature juridique de la mise à disposition en tant qu'obligation

302 - Les inévitables incertitudes quant à la nature juridique de la mise à disposition. À l'image du débat plus général portant sur la nature juridique du paiement, la nature de la mise à disposition suscite la controverse. Il est vrai qu'à première vue la mise à disposition semble aussi bien pouvoir être qualifiée de simple fait matériel que d'acte juridique. Intervenant en exécution d'un contrat, il n'est pas évident d'affirmer que c'est la mise à disposition qui emporte la création d'effets de droit ; en effet, le dessaisissement opéré ne fait que rendre possible à l'*accipiens* l'acquisition du pouvoir sur la chose prévue par le contrat. Suivant cette analyse, « *la tradition n'est ni un acte solennel, ni même un acte juridique. C'est la remise du corpus, simple fait matériel qui, en soi, est dépourvue d'effet. Seule l'intention des parties vient lui donner une portée et une efficacité qu'il n'a pas lui-même* »¹⁵⁶⁹. Néanmoins, considérer la mise à disposition comme un simple fait ou comme un acte matériel¹⁵⁷⁰ ne convainc pas. Il est peu probable qu'elle ne produise aucun effet de droit puisqu'elle est indispensable à la création de la relation entre l'*accipiens* et la chose. Par ailleurs, une autre conséquence juridique attachée à l'exécution de l'obligation de mise à disposition peut être relevée puisque la jurisprudence affirme que « *sauf convention particulière, l'obligation, pour l'acheteur, de payer le prix de vente résulte de l'exécution complète, par le vendeur, de son obligation de délivrance* »¹⁵⁷¹. L'exigibilité de l'obligation de l'*accipiens* dépend donc de l'exécution de l'obligation du *tradens*. Il apparaît dès lors que la mise à disposition ne peut être considérée comme n'entraînant aucun effet de droit. Partant, la qualification de simple fait ou d'acte matériel doit être rejetée.

¹⁵⁶⁹ G. MAY, *Éléments de droit romain*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 5e éd., 1898, n°88, p. 173. Rapp. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, op. cit., n°1448, « *la vente moderne française ne comporte plus de tradition, acte juridique, valant transfert de propriété, mais bien une simple livraison, acte matériel, n'ayant d'autre effet que de déplacer la possession* ».

¹⁵⁷⁰ La notion même d'acte matériel ne semble d'ailleurs pas être un concept particulièrement limpide. En ce sens, V. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, Montchrestien, 1960, réed. 1998, qui considère que l'expression n'est « *pas très heureuse* » et que « *l'antinomie de l'acte matériel est l'acte juridique (...); On pourrait penser alors qu'il s'agit toujours d'une activité physique. Mais penser et prier sont aussi des actes matériels en ce sens ; en outre, l'acte juridique s'extériorise lui aussi par des gestes et des paroles. En réalité, l'acte matériel est celui qui est considéré par le droit uniquement pour ses caractères intrinsèques et pour les conséquences qu'il a pu produire en fait. Il résulte d'une activité purement naturelle, antérieure à toute qualification juridique. On se trouve, en réalité, en présence d'une catégorie résiduelle* ».

¹⁵⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996, Bull. civ. I, n°411, CCC. 1997, n°45, p. 8, obs. L. LEVENEUR ; JCP 1997, II, 22862, obs. J. HUET.

Ne pouvant nier la création d'effets juridiques, un auteur a ainsi pu estimer que « *dans la mesure où elle est indispensable à la création d'une situation juridique (la détention), elle emporte une conséquence de droit qui la hausse au rang de fait juridique* »¹⁵⁷². Une telle analyse semble toutefois négliger un aspect spécifique du fait juridique : l'absence de volonté préalable de produire des effets de droit. Or en mettant un bien à disposition il est fort probable que certains effets juridiques créés soient recherchés par le *tradens*. Il peut alors être proposé de considérer que si la création du rapport entre la chose et l'*accipiens* n'est pas nécessairement voulue par le débiteur de la mise à disposition, le dessaisissement de ce dernier produit des effets de droit puisqu'il renonce volontairement à son pouvoir sur la chose. La production d'effets juridiques de la mise à disposition ne doit donc pas être appréciée uniquement dans le chef de l'*accipiens* mais également et surtout dans celui du remettant. Produisant volontairement des effets de droit, la mise à disposition ne peut être qualifiée de fait juridique, la qualification d'acte s'impose alors.

303 - La consécration de la qualification d'acte juridique pour la mise à disposition. Appréhendée en tant qu'exécution d'une obligation, la mise à disposition semble pouvoir être qualifiée d'acte juridique. C'est, d'ailleurs, en substance la conclusion de certains auteurs qui affirment que « *la délivrance est un acte juridique de mise à disposition de l'acheteur, concrétisant sa vocation à exercer sur la chose vendue la plénitude de ses droits de propriétaire et qui n'implique pas nécessairement de la part de ce dernier une appréhension effective de la chose* »¹⁵⁷³. Une telle qualification semble d'ailleurs s'être imposée en jurisprudence et rejailit nécessairement sur les modes de preuve de la mise à disposition. Considérée comme un acte juridique, la mise à disposition doit nécessairement être prouvée par écrit¹⁵⁷⁴. C'est en ce sens qu'il a pu être jugé que la délivrance d'aliments pour le bétail était soumise à l'article 1341 du Code civil¹⁵⁷⁵, ou que la preuve de la délivrance au

¹⁵⁷² N. CATALA, *op. cit.*, n°43 ; Rappr. G. LOISEAU, préc., n°6 qui défendant l'hypothèse d'une qualification distributive du paiement en fonction de l'obligation qu'il éteint, estime que « *la livraison d'une chose* », qui s'analyse en une obligation de faire, doit être considérée comme un fait juridique.

¹⁵⁷³ J. GHESTIN ET B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1ère éd., 1990, n°666.

¹⁵⁷⁴ Sauf dans les hypothèses où l'écrit ne peut être exigé. Ainsi, il est classiquement admis que la preuve est libre en matière commerciale, V. en ce sens, Cass. civ. 17 mai 1892, DP 1892, I, 603 ; Cass. com. 23 mai 1970, Bull. civ. IV, n°168, JCP 1970, IV, 181. Il en est de même, en application de l'article 1348 du Code civil, en cas d'« *impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique* », V. par ex. affirmant que l'impossibilité morale peut résulter de l'existence d'une relation de famille, Cass. Req., 2 février 1920, DP. 1921, I, 40 ; ou de relations d'affection, Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1969, Bull. civ. I, n°124.

¹⁵⁷⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1989, 2 espèces, Bull. civ. I, n°41 et 42, qui affirme au visa de l'article 1341 du Code civil, que « *sans relever l'existence d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit émanant de Mme Z..., non commerçante, pour toutes les*

transporteur de marchandises vendues par correspondance ne peut être rapportée par la fourniture d'un listing informatique émanant du vendeur¹⁵⁷⁶. De même, et jusqu'au mystérieux arrêt rendu le 6 juillet 2004¹⁵⁷⁷, la preuve du paiement d'une obligation de somme d'argent suivait un régime identique¹⁵⁷⁸ et devait nécessairement être ramenée par écrit¹⁵⁷⁹.

Pour autant, il ne saurait être affirmé que tous les paiements sont des actes et doivent, à ce titre être prouvés selon la formalité de l'article du 1341 du Code civil. La jurisprudence a ainsi pu retenir que la preuve de certains paiements peut être rapportée par tous moyens. Tel est, par exemple, le cas de la preuve de la réalisation, par un professeur, de cours dispensés à ses élèves¹⁵⁸⁰ ou de l'exécution par un médecin de son obligation d'information du patient¹⁵⁸¹. De la même façon, comme le notent certains auteurs¹⁵⁸², la preuve du paiement d'une obligation de ne pas faire pourrait être rapportée par tous moyens, l'exigence d'un écrit paraissant dans cette hypothèse pour le moins incongrue puisque « *un comportement objectif conforme à l'obligation d'inaction suffit à constituer un paiement valable, en dehors de tout acte de volonté* »¹⁵⁸³. Aussi, apparaît-il que le paiement d'une obligation de faire s'analyse toujours comme un fait juridique. Cette solution s'appréhende aisément, la réalisation d'une obligation de faire en exécution d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de

livraisons faites pendant la troisième période de fourniture d'aliments, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (1^{ère} espèce).

¹⁵⁷⁶ CA Paris, 6 novembre 1996, jurisdata n°023417, CCC 1997, comm. 127, obs. G. RAYMOND ; Rapp. CA Paris 28 mars 1978, BT. 1978, p. 320 et CA Paris, 19 février 1993, BTL. 1993, p. 495, qui définissent la livraison comme « *l'acte par lequel le transporteur remet la marchandise au destinataire contre émargement* ».

¹⁵⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2004, préc.

¹⁵⁷⁸ Ce qui indirectement mais sûrement confirme la possibilité de l'analyse de l'obligation monétaire en une obligation de mise à disposition, sur ce point V. *Supra*, n° 273 et s.

¹⁵⁷⁹ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 5 juin 1970, Bull. civ. III, n°389 ; Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1974, Bull. civ. III, n°452 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, Bull. civ. I, n°101.

¹⁵⁸⁰ Cass. req., 26 juin 1929, S. 1930, I, p. 32.

¹⁵⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 octobre 1997, Bull. civ. I, n°278, JCP 1997, II, 22942, comm. P. SARGOS ; LPA 13 mars 1998, n°31, p. 18, note Y. DAGORNE-LABBE, « *s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens* » ; Rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1985, Bull. civ. I, n° 179 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995, Bull. civ. I, n° 159. En matière médicale, le principe est aujourd'hui affirmé par l'article L. 1111-2 al. 7 du Code de la santé publique qui précise qu'« *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tous moyens* ».

¹⁵⁸² J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n°531 ; N. CATALA, *op. cit.*, n°10 ; G. LOISEAU, *préc.*, n°6.

¹⁵⁸³ N. CATALA, *op. cit.*, n°10.

travail par exemple, se traduit nécessairement par des faits purement matériels¹⁵⁸⁴ : la construction d'un mur ou la réalisation de la prestation de travail. Par ailleurs, il peut être admis qu'en réalisant la prestation de faire, le débiteur n'entend pas nécessairement produire des effets de droit. Certes, l'effet extinctif de la dette peut être éminemment recherché, mais il a pu être affirmé, que si cette facette du paiement peut être volontaire, elle en est avant tout un effet légal¹⁵⁸⁵. Or contrairement à ce qui peut être remarqué lors de l'exécution d'une obligation de mise à disposition, en exécutant sa prestation le débiteur de l'obligation de faire n'a pas la volonté de modifier la situation juridique préexistante. Fait volontaire mais dont les conséquences juridiques ne semblent pas directement souhaitées, le paiement d'une obligation de faire peut donc être qualifié de fait juridique.

2. Un régime juridique unitaire pour la mise à disposition ? La confirmation par l'analyse de la mise à disposition hors du rapport d'obligation

304 - La preuve de la mise à disposition n'est pas la preuve du contrat.

Si, intégrée dans le rapport d'obligation, la mise à disposition se rapproche de l'acte juridique, il n'est pas impossible que sa nature varie lorsqu'elle se situe hors de ce rapport. Ainsi, envisagée dans le cadre d'un contrat réel¹⁵⁸⁶, la mise à disposition n'a pas vocation à éteindre une dette ou à exécuter une obligation mais à former le contrat¹⁵⁸⁷. La mise à disposition complétée par une prise de livraison emporte la création du contrat ; aussi, pourrait-il être proposé de déduire l'existence du contrat, de la preuve de la remise. Partant, la preuve de la remise emprunterait à la preuve de l'acte qu'elle consomme et celle-ci devrait mécaniquement être qualifiée d'acte juridique. Néanmoins, la jurisprudence affirme avec force que la preuve de la remise de la chose ne vaut pas preuve du contrat et ne démontre donc pas, par exemple, l'existence d'une obligation de restitution. Ainsi est-il fréquemment jugé, essentiellement en matière de prêt que « *la preuve de la remise de fonds à une*

¹⁵⁸⁴ V. M. OUDIN, J.-Cl. Civil Code, Art. 1341 à 1348, Fasc. 20, *Contrats et obligations, recevabilité des différents procédés de preuve, actes juridiques dont l'objet excède la valeur de 1500 euros*, 29 août 2007, « nul ne prétendait en revanche que la preuve d'une prestation de service fut soumise à l'exigence d'un écrit ».

¹⁵⁸⁵ Qu'il s'agisse du paiement d'une obligation de faire ou de mettre à disposition.

¹⁵⁸⁶ Pour une analyse de la qualification de la remise détachée de tout mécanisme contractuel, V. *Supra*, n° 205 et s.

¹⁵⁸⁷ Sur le rôle créateur de la remise, V. *Supra*, n° 65 et s.

personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue »¹⁵⁸⁸. La preuve de la remise, en elle-même, n'est donc « preuve de rien »¹⁵⁸⁹, la mise à disposition de la chose peut, en effet, intervenir à différents titres qui n'emportent pas nécessairement une obligation de restitution. Ainsi, peut-elle par exemple intervenir au titre d'une dation en paiement ou encore d'un don manuel.

305 - Les incertitudes sur la nature juridique de la mise à disposition hors du rapport. Afin de prouver l'existence d'un contrat réel, les parties doivent nécessairement rapporter deux preuves¹⁵⁹⁰. L'une est celle du contrat ; or le contrat étant un acte juridique, la preuve est soumise aux exigences de l'article 1341. L'autre est la preuve de la remise, en elle-même, permettant de démontrer si le contrat a été formé. Il est vrai que c'est surtout sur le terrain de la preuve du contrat que les débats se placent. Néanmoins, dans certaines hypothèses, c'est l'existence de la remise même qui pose problème¹⁵⁹¹ et sa nature juridique n'apparaît pas marquée par la limpidité. Il ressort de la majorité des écrits que la seule mise à disposition d'un bien est un fait juridique¹⁵⁹². Aussi, sa preuve pourrait-elle être rapportée par tous moyens, et notamment par témoignages¹⁵⁹³. Si une telle analyse se comprend parfaitement, notamment en ce qu'elle permet d'élargir les modes de preuves, elle n'est pas pleinement satisfaisante.

Affirmer que la remise n'est qu'un fait juridique induit nécessairement qu'en mettant un bien à la disposition de son futur contractant, le *tradens* n'entend pas créer de conséquences juridiques. Ce point paraît pour le moins contestable, ces

¹⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1984, Bull. civ. I, n°324, Defrénois 1985, art. 33600, p. 1153, obs. G. VERMELLE ; RTD civ. 1985, p. 733, obs. J. MESTRE ; *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 1995, Bull. civ. I, n°107, D. 1995, Somm. p. 228, obs. R. LIBCHABER ; Defrénois, 1995 n° 11, p. 735, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, Bull. civ. I, n°40, JCP 1996, II, n° 22638, note S. PIEDELIÈVRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, à paraître au bulletin, n°09-10977, CCC 2010, n°7, p. 19, note L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 9 juin 2010, p. 6, note E. PIERROUX ; JCP 2010, n°16, p. 810, obs. N. DISSAUX.

¹⁵⁸⁹ R. LIBCHABER, obs., préc.

¹⁵⁹⁰ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 3, vol. 2, par M. De JUGLART, *op. cit.*, 1497, qui affirment que « la demande de restitution du dépôt ne peut prospérer si, d'abord, le déposant n'établit pas [la preuve de la matérialité du dépôt] » ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1971, Bull. civ. I, n°152.

¹⁵⁹¹ V. par ex. en matière de preuve de la remise de la chose à l'occasion d'un contrat de dépôt, Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1980, Bull. civ. I, n°117 ; CA Paris, 4 juin 1982, n° jurisdata 1982-024732 ; CA Paris, 3 décembre 1987, n° jurisdata 1987-027952.

¹⁵⁹² En ce sens, V. par ex. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°905 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°796, note 5 ; F. GRUA, J.-Cl. Civil Code, Art. 1875 à 1879, Fasc. unique, *Prêt à usage, Caractères*, 15 juin 2004, n°48 ; C. FARGE, J.-Cl. Encyclopédie des Huissiers de Justice, *Donations*, 19 février 2004, n°42 ;

¹⁵⁹³ V. par ex., Cass. civ. 2^e, 2 février 1983, inédit, D. 1983, IR. p. 470, obs. M. VASSEUR ; Rapp. Cass. civ. 1, 3 juin 1998, Bull. civ. I, n°195, qui affirme que l'endossement d'un chèque permet de rapporter la preuve de la tradition des fonds.

contrats se formant par la remise de la chose, il semble incongru d'affirmer que les conséquences de celle-ci ne soient pas recherchées. Au contraire, la remise du bien n'a pour objectif que de modifier la situation juridique des parties : former le contrat et par conséquent obliger l'*accipiens* à restituer la chose¹⁵⁹⁴. Dès lors, même hors du rapport obligationnel, il apparaît que la mise à disposition peut être qualifiée d'acte juridique. Une telle qualification n'aurait, d'ailleurs que peu d'influences sur le régime de la preuve. Il peut, en effet, être remarqué que la majorité de ces contrats s'inscrit dans des hypothèses où, bien que l'acte de mise à disposition puisse avoir une valeur supérieure au seuil fixé par décret et exigeant la production d'un écrit¹⁵⁹⁵, l'article 1348 est applicable. L'impossibilité « *matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique* » semble, en effet, assez largement admise. Ainsi, la jurisprudence relève que cette impossibilité morale peut notamment résulter d'usages en vigueur¹⁵⁹⁶, comme c'est, par exemple, le cas d'une remise de vêtement au vestiaire d'un théâtre¹⁵⁹⁷ ou d'une remise de véhicule dans un parc de stationnement¹⁵⁹⁸. Si la qualification d'acte juridique pour la mise à disposition ne bouleverse pas son régime, elle est toutefois plus en adéquation avec les conséquences juridiques qui en découlent et, partant, paraît plus judicieuse.

306 - Synthèse. La nature juridique de la mise à disposition n'est guère évidente à déterminer. À première vue, puisqu'elle consiste avant tout en la réalisation d'une prestation – se dessaisir d'une chose – elle pourrait être qualifiée de simple fait ou d'acte purement matériel. Néanmoins, il peut être remarqué que cette analyse ne tient guère compte des effets produits par la réalisation de la mise à disposition. Tout d'abord, il ne paraît pas adapté d'affirmer que la remise n'emporte pas de conséquences juridiques particulières ; en effet, envisagée ou non comme une obligation, elle met nécessairement un terme au pouvoir unissant le *tradens* et le bien. De plus, envisagée comme une obligation elle peut rendre exigible l'obligation de l'*accipiens* et lorsqu'elle ne constitue pas l'exécution d'une obligation mais une condition de formation du contrat, son principal effet est de former le contrat. Il semble, ensuite, concevable de considérer que ces différents effets de droit sont réellement souhaités par le *tradens*, ce qui exclut mécaniquement la qualification de

¹⁵⁹⁴ Et obliger le *tradens* à son obligation de mise à disposition continue dans le cadre d'un prêt, V. *Supra*, n° 187.

¹⁵⁹⁵ 1500€ selon le décret n°2004-836 du 20 août 2004.

¹⁵⁹⁶ Cass. req., 4 novembre 1908, DP 1909, 1, 188.

¹⁵⁹⁷ Cass. req. 1er mai 1911, DP 1913, 1, 448 ; S. 1913, 1, 305, note L. HUGUENEY ; CA Paris, 23 avril 1902, DP 1903, 2, 323.

¹⁵⁹⁸ CA Paris, 11 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939, 1, 525 ; CA Bordeaux, 8 janvier 1947, JCP 1948, II, 4033.

fait juridique. Seule la qualification d'acte juridique serait donc appropriée pour saisir la mise à disposition. Seconde facette dans la détermination d'une nature et d'un régime propre à l'obligation de *praestare*, son contenu doit également être déterminé. Partant, c'est par l'étude de ses relations avec la responsabilité qu'il peut être systématisé.

§ 2. La mise à disposition envisagée à l'épreuve de la responsabilité du *tradens*

307 - Variations sur le contenu de l'obligation de mise à disposition.

D'un point de vue matériel, l'obligation de *praestare* engage son débiteur à se dessaisir de la chose sur laquelle porte sur le contrat et éventuellement à pérenniser le rapport créé. L'apparente simplicité de la prestation attendue par le créancier d'une telle obligation semble indiquer un régime particulièrement limpide. Pour autant les hésitations ayant comme source le contenu de l'obligation de *praestare* sont nombreuses. Plus particulièrement deux questions peuvent être soulevées : quelle est son intensité et est-elle susceptible d'un quelconque aménagement conventionnel ? La première de ces interrogations renvoie à la distinction classique entre obligation de moyens et de résultat et, indirectement, à la détermination des conditions dans lesquelles le *tradens* peut voir sa responsabilité engagée en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse de son obligation (A). La seconde porte sur un problème récurrent du droit des obligations. Au nom de la liberté contractuelle, les parties peuvent aménager l'étendue des obligations auxquelles elles se soumettent ou limiter les conditions ou les effets de la responsabilité découlant de l'inexécution de leur obligation. Néanmoins afin d'encadrer cette faculté, certains palliatifs ont pu être découverts. Il s'agit donc de déterminer leur efficacité lorsqu'ils s'appliquent à l'obligation de mise à disposition (B).

A. L'intensité de l'obligation de mise à disposition

308 - L'intensité de l'obligation : le principe d'une distinction. Proposée en 1925 par DEMOGUE, la distinction des obligations fondée sur leur intensité, oppose

les obligations de moyens et de résultat¹⁵⁹⁹. Cette *summa divisio*¹⁶⁰⁰, qui s'est imposée en droit positif et qui est même consacrée dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription¹⁶⁰¹, part de la constatation que le débiteur ne s'oblige pas nécessairement de la même façon. Parfois c'est un résultat précis qui est recherché. Dans cette hypothèse, si sa responsabilité est engagée, le débiteur ne peut s'exonérer qu'en démontrant que la non réalisation est due à une cause étrangère ; l'obligation est donc de résultat. Dans d'autres situations, il ne s'engage qu'à mettre en œuvre les moyens nécessaires pour réaliser l'opération prévue. Dès lors, le créancier, afin d'engager la responsabilité de son cocontractant, doit prouver l'absence de diligence de la part du débiteur ; l'obligation n'est alors que de moyens. Si la distinction est souvent remise en cause¹⁶⁰², notamment en raison de ses difficultés d'application dans certaines matières¹⁶⁰³ et de la fluctuation de l'intensité des obligations¹⁶⁰⁴, ce serait dépasser l'objet de cette étude que d'en apporter une critique. Aussi, en partant du principe que cette distinction a pour mérite de clarifier certaines situations et dans le but de conférer un régime propre à l'obligation de mise à disposition, paraît-il indispensable d'analyser cette obligation à la lumière des obligations de moyens et de résultat. Si l'intensité de la mise à disposition limitée à la remise de la chose ne semble guère poser de problème et suscite presque l'unanimité (1), celle de la mise à disposition se prolongeant tout au long du rapport d'obligation est, quant à elle, l'objet de plus de controverses (2).

¹⁵⁹⁹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, T. V, Paris, Arthur Rousseau, 1925, réimpression Schmidt periodicals, 1994, n°1237 ; T. VI, n°599.

¹⁶⁰⁰ Selon certains la classification en question engloberait « toutes les obligations contractuelles ou extracontractuelles », H., L. et J. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. II, 1^{er} vol., *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n°21.

¹⁶⁰¹ Art. 1149 : « l'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé. L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence ».

¹⁶⁰² V. par ex. P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1933, p. 627 et s. ; Ph. RÉMY, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, p. 323 et s., spéc. n° 27, « les incertains exercices de qualification auxquels cette distinction conduit les juges nous paraissent purement rhétoriques : la question étant toujours - et seulement - de savoir si le débiteur a convenablement exécuté l'obligation, il faut toujours - et seulement - se demander ce qui était concrètement in obligatione pour y comparer ce qui a été fait ; le passage par une « qualification » aussi imprécise et sommaire est un embarras inutile ».

¹⁶⁰³ Pour un résumé des difficultés suscitées par la distinction en matière d'obligation de sécurité du transporteur, V. Y. PICOD, Rep. civ. Dalloz, V^o *Obligations*, Janvier 2009, n°52 et s.

¹⁶⁰⁴ Ainsi il est possible de caractériser des obligations de moyens et de résultat simples ou renforcées.

1. L'intensité de l'obligation de mise à disposition limitée à la remise de la chose

309 - L'intensité de l'obligation de mise à disposition limitée : une obligation de résultat. Dans sa présentation des obligations de moyens et de résultat, DEMOGUE ne doutait guère de l'intensité de l'obligation portant sur la remise d'une chose. Essentiellement développée en matière d'obligation de restitution, l'idée paraît imparable : « *le débiteur a la possession de la chose, il est juste qu'il soit tenu de faire connaître comment elle a péri. (...) le débiteur d'une chose est tenu d'une obligation de résultat. Il doit rendre la chose. Ceci s'applique à tout débiteur de corps certain qui en avait la maîtrise complète* »¹⁶⁰⁵. La qualification de l'obligation de mise à disposition limitée dans son étendue, c'est-à-dire le seul dessaisissement de la chose par le *tradens*, ne semble donc pas poser particulièrement de problème¹⁶⁰⁶. Lorsque la mise à disposition précède, accompagne ou suit un transfert de propriété, celle-ci apparaît comme un complément indispensable à la réalisation de l'opération voulue par les parties. Aussi, et de façon assez classique, est-il jugé que la délivrance de la chose est une obligation de résultat. La Cour de cassation affirme, en effet, qu'il appartient au vendeur de prouver la force majeure s'il veut être libéré de son obligation de délivrance¹⁶⁰⁷. Dès lors, la seule preuve pour le *tradens* de son absence de faute, ne pourrait être considérée comme étant de nature à l'exonérer de son obligation de réparation¹⁶⁰⁸. Partant, dans des hypothèses relevant moins de l'évidence en raison de la nature de la chose transmise, il a pu être jugé que l'intensité

¹⁶⁰⁵ R. DEMOGUE, *op. cit.*, n°1237 ; Sur l'intensité de l'obligation de restitution, V. *Supra*, n° 85 et s.

¹⁶⁰⁶ V. par ex. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n°3225 ; Ph. Le TOURNEAU et M. POUMARÈDE, J.-Cl. Civil Code, art. 1136 à 1145, fasc. 20, *Contrats et obligations – Classification des obligations – Principe de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 12 décembre 2007, n°26 ; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préface R. NERSON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 64, 1965, n°345.

¹⁶⁰⁷ Cass. civ. 25 avril 1895, DP 1895, 1, 112 ; S. 1899, 1, 327 ; Cass. req. 5 décembre 1938, S. 1939, 1, 48 ; Cass. com. 19 mars 1963, Bull. civ. IV, n°167, RTD civ. 1963, p. 566, obs. G. CORNU ; « *attendu que le jugement, qui a conclu à tort de ce que la vente était parfaite que [le vendeur] n'était plus tenu par l'obligation de délivrance de la chose vendue, ne pouvait, (...), statuer comme il l'a fait, alors qu'il ne constatait pas la preuve d'un cas fortuit susceptible de relever [le vendeur] de son obligation* » ; V. également affirmant expressément l'intensité de la délivrance, Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1990, inédit, pourvoi n°88-19318, « *l'obligation de délivrance est une obligation de résultat dont le vendeur ne peut s'exonérer qu'en rapportant la preuve que son inexécution provient d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable* » ; Rapp. en en matière de délivrance d'un ensemble informatique, CA Aix en Provence, 10 novembre 1994, jurisdata n° 1994-046427.

¹⁶⁰⁸ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1996, Bull. civ. I, n°317, Defrénois 1997, p. 337, obs. Ph. DELEBECQUE.

de la délivrance ne variait pas. La jurisprudence décide, par exemple, que les obligations de mise à disposition à la charge du *tradens* dans les contrats de fourniture d'électricité¹⁶⁰⁹, de fourniture d'eau¹⁶¹⁰ ou de fourniture d'accès à internet¹⁶¹¹, s'analysent comme autant d'obligations de résultat¹⁶¹².

310 - Justification de la qualification en obligation de résultat. Une telle solution semble avoir une portée générale : l'obligation de mise à disposition limitée à la remise serait toujours une obligation de résultat. La justification se trouve dans le fait qu'il serait impensable de seulement exiger du débiteur qu'il mette tous les moyens en œuvre pour parvenir à la mise à disposition ; au contraire, en concluant le contrat, le créancier de la mise à disposition s'attend à recevoir la chose. Ce résultat est connu à l'avance par les parties ; comme le note un auteur « *le contrat, en imposant à une partie la livraison d'une chose, met à sa charge une prestation déterminée, le créancier ne se contentant pas de la diligence du débiteur* »¹⁶¹³. Aussi, semble-t-il que toutes les obligations portant sur la remise d'une chose doivent être considérées comme des obligations de résultat. Cette solution s'applique d'ailleurs que la chose en question soit de genre, ou un corps certain¹⁶¹⁴. La jurisprudence décide, en effet, que l'obligation monétaire est toujours une obligation de résultat¹⁶¹⁵. Il s'agirait même d'une obligation de résultat absolue ou renforcée : la démonstration de la force majeure n'étant guère efficace en la matière. Ce constat s'explique d'ailleurs aisément. Les choses de genre et plus particulièrement l'argent, ne périssent pas : *genera non pereunt*. Un débiteur de somme d'argent ne saurait donc s'exonérer de son obligation en invoquant la destruction des espèces qu'il aurait préparées ; au contraire il serait tenu, dans cette hypothèse, de transférer d'autres fonds afin d'éteindre sa dette¹⁶¹⁶. En conclusion, il peut être affirmé qu'en contractant une

¹⁶⁰⁹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, inédit, pourvoi n°88-14315 ; Adde, CA Nîmes, 8 mars 1990, JCP 1990, II, 21573, note G. PAISANT.

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 Mai 2006, Bull. civ. I, n°279.

¹⁶¹¹ TGI Nanterre, 3 mars 2006, jurisdata n°2006-308052.

¹⁶¹² Il peut être remarqué que le complément de la délivrance – la conformité – est également considéré comme une obligation de résultat. En ce sens, V. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 1990, inédit, pourvoi n°87-20084, « *l'obligation de délivrance, est une obligation de résultat ; (...) le vendeur est tenu de fournir une chose dont les caractéristiques correspondent à la commande et (que) l'acheteur ne peut être tenu d'accepter une chose différente* ».

¹⁶¹³ J. FROSSARD, *op. cit.*, n°295.

¹⁶¹⁴ En ce sens V. par ex., B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, 2, Contrat, *op. cit.*, n°1004 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1998, n°546.

¹⁶¹⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1969 (9 arrêts), Bull. civ. I, n°138 à 144 ; Rapp. Cass. com. 20 février 2007, Bull. civ. IV, n°62, JCP 2007, II, 10082, comm. F. DESCORPS-DECLÈRE.

¹⁶¹⁶ V. par ex. J. FROSSARD, *op. cit.*, n°305, « *le débiteur d'une chose de genre ne se heurte jamais pendant toute la période normale d'exécution à des obstacles présentant [les caractères*

obligation de mise à disposition, le *tradens* promet un résultat : la transmission de la chose. Le seul fait de la non-réalisation de la prestation promise serait donc de nature à engager mécaniquement sa responsabilité. Envisagée en tant qu'obligation limitée à la remise de la chose, la mise à disposition ne suscite pas de véritable difficulté quant à son intensité : elle relève toujours de la catégorie des obligations de résultat. Néanmoins, lorsque la mise à disposition se prolonge tout au long du contrat la qualification d'obligation de moyens ou de résultat semble plus difficile à établir.

2. L'intensité de l'obligation de mise à disposition prolongée tout au long du contrat

311 - Détermination de l'intensité de l'obligation de mise à disposition incluant la pérennisation du rapport en contemplation de l'obligation du bailleur. Cette obligation de mise à disposition se rencontre dans divers contrats mettant à la charge du *tradens*, outre la mise à disposition matérielle, la préservation de la situation créée¹⁶¹⁷. Son exemple type se découvre dans le contrat de bail qui impose au bailleur de faire jouir paisiblement le preneur. Aussi convient-il de déterminer l'intensité de cette obligation caractéristique de la convention. Le problème ne se pose pas véritablement quant à la délivrance en elle-même qui, à l'image de celle issue d'une vente, s'analyse comme une obligation de résultat¹⁶¹⁸, mais plutôt en ce qui concerne l'obligation faite au bailleur de faire jouir paisiblement le preneur. Certains arguments semblent alors militer en faveur d'une qualification de cette obligation en obligation de résultat. Ainsi, il peut être fait appel à la théorie de l'accessoire : l'obligation de délivrance étant une obligation de résultat, l'obligation accessoire de faire jouir paisiblement le preneur le serait également¹⁶¹⁹.

de la force majeure]. *Celui qui a promis de livrer un produit de consommation (...) peut toujours se procurer ses marchandises, même si la récolte est mauvaise. Quant au débiteur d'une somme d'argent devenu insolvable, non seulement il peut encore, par son travail, se procurer des deniers, mais son impécuniosité provient la plupart du temps de sa propre activité ; un débiteur ne peut jamais prétendre être libéré lorsqu'il a favorisé l'existence de l'événement insurmontable dont il se prévaut* ».

¹⁶¹⁷ V. *Supra*, n° 179 et s.

¹⁶¹⁸ V. par ex. pour une hypothèse où le bailleur n'a pu délivrer le bien mis à bail en raison de son occupation illicite, Cass. civ. 3^e, 28 septembre 2005, Bull. civ. III, n°175, RDC 2006, p. 398, note J.-B. SEUBE ; Revue des loyers 2005, n°862, comm. J. PRIGENT, « *l'occupation illicite du bien loué par un tiers qui en empêche sa délivrance au preneur ne constitue une cause étrangère qui ne peut être imputée au bailleur que si elle revêt les caractères de la force majeure, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'occupation critiquée présentait ces caractères, n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁶¹⁹ En ce sens, V. J. FROSSARD, *op. cit.*, n°354 et 355, « *l'obligation d'assurer la jouissance paisible est l'accessoire, en cours de bail, de l'obligation originaire de délivrance qui est*

Logique dans son principe, cette proposition semble toutefois se heurter à certaines solutions jurisprudentielles rendues notamment en matière de baux commerciaux et tendant à qualifier d'obligation de moyens l'obligation du bailleur. S'est en effet posée la question de savoir si de tels contrats imposaient au bailleur une obligation de maintenir la commercialité des locaux loués¹⁶²⁰, et quelle était l'intensité de cette dernière. Dans un premier temps, les juges, assimilant cette "obligation de maintenir la commercialité" à l'obligation de délivrance, l'érigèrent, de façon pour le moins étonnante, en obligation de moyens¹⁶²¹. Saisie de cette question, la Cour de cassation prit le parfait contre-pied de ces décisions décidant que le bail ne donnait pas naissance à une obligation relative au maintien de l'environnement commercial¹⁶²². Malgré une certaine résistance des juges du fond tendant à reconnaître une telle obligation à la charge du bailleur, non plus en tant qu'accessoire de la délivrance mais se rattachant à la jouissance paisible¹⁶²³, la Cour de cassation confirma le principe dégagé précédemment en affirmant clairement que « *le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée* »¹⁶²⁴. La religion des Hauts magistrats en la matière semble donc établie : le maintien de la commercialité n'est pas assimilable à l'obligation de faire jouir paisiblement le preneur et doit

déterminée (...). Aux termes de l'article 1720, al. 1 C. civ., le bailleur n'est tenu d'effectuer que les grosses réparations ; dans cette limite il supporte une obligation de résultat. Seule la détérioration de l'immeuble par le fait d'un événement de force majeure le libère encore qu'il supporte les risques » ; Adde, G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, analyse critique*, D. 2007, p. 384 et s., spéc. n°17.

¹⁶²⁰ Rapprochant cette obligation de maintenir la commercialité à l'obligation de faire jouir paisiblement le preneur, V. par ex. S. BEAUGENDRE, *Une clause de localisation dans un centre commercial n'est pas une clause de garantie d'un environnement commercial stable*, note sous Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2002, AJDI 2002, p. 851 ; Rapp. D. MANCEL, note sous Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, LPA 2007, n°95, p. 12.

¹⁶²¹ Le bailleur ne pouvant alors pas voir sa responsabilité engagée du fait de la seule vacance des locaux, V. par ex. CA Paris, 4 décembre 1990, Loyers 1996, p. 83, obs. C.-H. GALLET.

¹⁶²² Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1993, inédit, pourvoi n°91-21553 ; Cass. civ. 3^e, 11 mai 1995, inédit, pourvoi n°93-16719, « *le bail ne mettait à la charge de la bailleuse aucune obligation particulière liée à l'existence de la galerie marchande* ».

¹⁶²³ En ce sens, CA Paris, 7 octobre 1998, jurisdata n°1998-022600, D. 1998, p. 242, « *l'obligation du bailleur de garantir au preneur la jouissance paisible des lieux loués comporte celle implicite mais indiscutable de maîtrise de l'activité de la galerie commerciale. Ce principe ne fait pas peser sur le bailleur d'une galerie commerciale une obligation de résultat quant à la fréquentation de clientèle du lieu, mais rappelle que celle-ci est tenue d'une obligation de faire, à laquelle il ne peut se soustraire qu'en cas de force majeure, de conserver l'unité de la structure commerciale, ce qui interdit de mettre en œuvre une politique de location fondée sur une commercialisation totalement différente de la primitive* ».

¹⁶²⁴ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, Bull. civ. I, n°137, D. 2000, p. 377, obs. Y. ROUQUET ; JCP éd. N. 2001, p. 66, note M. KÉITA ; Adde Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2000, AJDI 2001, p. 420, note S. LAPORTE.

nécessairement être prévu par le contrat¹⁶²⁵. Partant, l'intensité de la première n'a guère vocation à rejaillir sur la seconde, et ne permet donc pas de déterminer si l'obligation de mise à disposition du bailleur est de moyens ou de résultat. Aussi, est-ce par un arrêt rendu le 29 avril 2009 par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation¹⁶²⁶ que le débat portant sur l'intensité de l'obligation de faire jouir paisiblement le preneur a pu prendre fin. Décidant que « *l'obligation du bailleur d'assurer une jouissance paisible au locataire ne cesse qu'en cas de force majeure* », le parti est délibérément pris de qualifier la mise à disposition d'obligation de résultat. La solution trouve d'ailleurs un certain écho en doctrine. L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui propose d'introduire une obligation de donner à usage¹⁶²⁷ particulièrement proche de l'obligation de mise à disposition¹⁶²⁸, semble, en effet, considérer cette obligation comme une obligation de résultat¹⁶²⁹.

312 - Extrapolation de la solution aux autres obligations de mise à disposition. Le champ d'application de l'obligation de mise à disposition incluant la pérennisation de la situation créée ne se limite pas au seul contrat de bail. Ainsi, il est possible de la rencontrer notamment à l'occasion de certains contrats de distribution ou dans les contrats de prêt¹⁶³⁰. Dans les premiers, et plus particulièrement en matière de contrat de franchisage, le franchiseur est débiteur, en vertu de cette obligation, d'une obligation d'assistance envers le franchisé. Classiquement cette obligation est présentée comme une obligation de moyens¹⁶³¹, voire une obligation de

¹⁶²⁵ V. toutefois, Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, Bull. civ. III, n°215, LPA 11 mai 2007, n°95, p. 12, note D. MANCEL ; RDC 2007, p. 385, note J.-B. SEUBE ; JCP éd. N. 2007, n°27, p. 23, obs. H. KENFACK ; Gaz. Pal. 2007, n°140, p. 17, note J.-E. BRAULT, qui casse une décision au visa de l'article 1719 du Code civil, et reproche à la Cour d'appel de n'avoir recherché si « *le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail* ». La solution n'est cependant pas un revirement, si l'abandon du centre commercial, reproché au bailleur, était véritablement dû à l'inexécution par celui-ci de son obligation d'entretien, il est logique que la décision d'appel soit cassée. L'idée d'une obligation de maintenir la commercialité du centre n'apparaissait pas en jeu dans cette affaire, c'est son obligation de faire jouir paisiblement qui devait être invoquée.

¹⁶²⁶ Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009, Bull. civ. III, n°88, Loyers et copropriété 2009, comm. 165, note B. VIAL-PEDROLETTI.

¹⁶²⁷ Art. 1146 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription.

¹⁶²⁸ Sur la parenté entre ces obligations, V. *Supra* n° 160.

¹⁶²⁹ En ce sens, V. G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'Avant-projet Catala, analyse critique*, préc., spéc. n°17 ; J. HUET, *Des distinctions entre les obligations*, RDC 2006, p. 79 et s., spéc. n°7 et 8.

¹⁶³⁰ V. *Supra* n° 185 et s.

¹⁶³¹ CA Paris 23 janvier 1992, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. FERRIER ; *Adde*, D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4^e éd., 2006, n°697 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 2006, n°523.

moyens renforcée¹⁶³², le franchisé ne pouvant engager la responsabilité du franchiseur qu'en démontrant, par exemple, l'insuffisance¹⁶³³ ou l'inefficacité¹⁶³⁴ de l'assistance. Néanmoins, une partie de la doctrine¹⁶³⁵ soutient qu'implicitement la Cour de cassation consacrerait une obligation d'assistance de résultat¹⁶³⁶. Tout d'abord la nature d'obligation de résultat semble devoir être retenue lorsque l'assistance porte sur une « *tâche technique simple* »¹⁶³⁷. Ensuite afin de pouvoir assimiler de façon générale l'obligation d'assistance technique à une obligation de résultat, l'auteur opère une subtile distinction entre l'obligation d'effectuer l'assistance et l'efficacité de celle-ci. Ainsi, la première serait une obligation de résultat, dont seule la démonstration d'un événement de force majeure serait de nature à exonérer le franchiseur de sa responsabilité ; la seconde, quant à elle, serait seulement de moyens. La position se comprend : la transmission du savoir-faire, fondement de l'assistance technique, constitue l'essence même du contrat de franchise, aussi le franchiseur ne saurait-il invoquer son absence de faute afin de justifier la non réalisation de cette obligation. Pour autant, le résultat de l'assistance attendu ne peut lui être imposé et présente nécessairement un certain aléa¹⁶³⁸. La distinction proposée paraît donc pertinente : en ce qu'elle interdit l'inertie totale du franchiseur, la qualification d'obligation de résultat se justifie, mais puisque les résultats de l'exécution de l'obligation sont toujours quelque peu incertains, la consécration d'une obligation de moyens s'impose.

À l'image de l'obligation de mise à disposition limitée à la remise, la mise à disposition se prolongeant tout au long du rapport et incluant une pérennisation de la situation créée, s'analyse comme une obligation de résultat. Par conséquent, il ressort de cette analyse que seules les obligations de *facere* se divisent en obligation de

¹⁶³² C. JAMIN, *La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution*, LPA 6 mars 1996, n°29, p. 24 et s. qui justifie sa position en affirmant que « *lorsque les tribunaux seront tenus de s'interroger sur l'existence d'une faute du franchiseur lors de l'exécution de son obligation de conseil, ils ne devront donc pas se référer au modèle du fournisseur moyen mais à celui d'un professionnel particulièrement avisé, puisque celui-ci sera déjà nanti d'une réussite dans le secteur d'activité considéré* ».

¹⁶³³ V. par ex. CA Paris, 27 avril 1990, D. 1990, somm. P. 370, obs. D. FERRIER.

¹⁶³⁴ CA Aix en Provence, 5 juin 1981, D. 1982, IR, p. 67.

¹⁶³⁵ Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^e éd., 2007, n°530, et du même auteur, J.-Cl. contrats – distribution, fasc. 1050, *Franchisage – Franchisage dans le domaine des services. – Le franchiseur et le franchisé*, 15 janvier 2008, n°133.

¹⁶³⁶ V. par ex. Cass. com., 1^{er} février 1994, inédit, pourvoi n° 92-10111, CCC 1994, comm. 93, obs. L. LEVENEUR ; Cass. com., 30 janvier 1996, inédit, pourvoi n° 94-13799, JCP éd. E 1996, p. 825, note C. JAMIN.

¹⁶³⁷ Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage, op. cit.*, n°530. L'auteur s'appuie ici sur un arrêt retenant une obligation de résultat en matière d'assistance, mais rendu hors du domaine des contrats de franchisage, Cass. civ. 1^{ère}, 8 janvier 1985, Bull. civ. I, n°12.

¹⁶³⁸ Tel est par exemple le cas lorsque le franchiseur établit des comptes prévisionnels présentant nécessairement certains aléas inhérents à la vie des affaires. V. par ex. Cass. com. 19 mai 1992, inédit, pourvoi n° 90-16872, CCC 1992, n°153, obs. L. LEVENEUR.

moyens et de résultat, les obligations de *praestare*, au contraire seraient toujours des obligations de résultat. Considérant l'intensité de cette obligation, les parties peuvent être tentées d'en diminuer l'étendue en insérant dans le contrat des clauses allégeant son contenu, même s'il peut être constaté que la liberté contractuelle est particulièrement encadrée en la matière.

B. L'aménagement conventionnel de l'obligation de mise à disposition

313 - L'allégement conventionnel de l'obligation de *praestare*. À l'image de l'obligation de faire, l'obligation de mise à disposition est susceptible de certains aménagements. Tout d'abord, elle peut faire l'objet de clauses déterminant l'étendue de la réparation ou les cas de responsabilité encourue en cas d'inexécution comme d'exécution défectueuse. Ainsi, par le biais d'une clause limitative de responsabilité ou de réparation, le débiteur peut « *limiter les conséquences indemnitaires de la contravention* »¹⁶³⁹ à l'obligation de mise à disposition. Ces clauses sont en principe valables¹⁶⁴⁰, mais leur efficacité est compromise en cas de dol ou de faute lourde de la part du débiteur. Ces clauses n'affectent toutefois pas l'obligation en elle-même, mais plutôt la réparation et, partant, dépassent le cadre de cette étude. Toutes autres sont les clauses exclusives de responsabilité et les clauses de non obligation. Bien que conceptuellement différentes, elles concourent à l'obtention d'un résultat similaire (1), ces stipulations affectant le contenu obligationnel de la convention. L'obligation de mise à disposition est alors directement touchée. Néanmoins, lorsqu'elle constitue la prestation principale, celle-ci ne peut être amputée trop largement, au risque de dénaturer le contrat. Aussi, un socle irréductible de l'obligation de mise à disposition doit-il être dégagé (2), ce dernier n'étant jamais susceptible d'aménagement.

¹⁶³⁹ J. GATSI, J.-Cl. Contrats – distribution, fasc. 310, *Vente commerciale – obligation de délivrance du vendeur – sanction de l'inexécution*, 1^{er} juillet 1999, n°155.

¹⁶⁴⁰ Réserve faite des clauses de ce type insérées dans les contrats conclus entre un professionnel et un profane ou un consommateur, qui, en application des articles L. 132-1 et R. 132-1 6° du Code de la consommation, sont réputées abusives.

1. Le cadre de l'analyse : les clauses d'allègement des obligations

314 - L'incertaine distinction entre clause de non obligation et clause d'irresponsabilité. La frontière à tracer entre le contenu du contrat et la responsabilité contractuelle n'est guère évidente. La dette naissant de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse d'un contrat présente, en effet, de nombreuses similitudes avec la dette issue directement du contrat. C'est en ce sens, par exemple, que la jurisprudence a pu affirmer qu'une sûreté garantissant l'obligation « *originale* »¹⁶⁴¹, garantissait également la dette d'indemnisation¹⁶⁴². Néanmoins, certains auteurs¹⁶⁴³ soutiennent la nécessité d'opérer une scission franche entre les clauses de non obligation et les clauses d'irresponsabilité. Cette distinction semble d'ailleurs assez simple. Les premières portent sur le contenu obligationnel du contrat et ont pour conséquence un allègement des obligations du débiteur ; les secondes, au contraire, bloquent la naissance de la responsabilité tout en maintenant l'obligation¹⁶⁴⁴. Un auteur propose alors de déceler le critère de distinction en fonction de la notion même d'obligation. Celle-ci « *se réduit à la prestation promise par le débiteur toujours susceptible d'exécution forcée, en excluant la diligence dont celui-ci doit faire preuve pour s'en acquitter, diligence qui ressort de l'appréciation de la responsabilité du débiteur et qui n'est jamais susceptible d'exécution forcée* »¹⁶⁴⁵. Dès lors, les clauses de non obligation ont trait directement à l'objet de la promesse en délimitant les obligations auxquelles le débiteur est tenu ; à l'opposé, les clauses de non responsabilité « *ont pour objet de déplacer les risques d'inexécution du contrat, de*

¹⁶⁴¹ Selon l'expression de Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Contrats – Distribution, fasc. 110, *Clauses d'allègement des obligations*, n°17.

¹⁶⁴² Cass. Req. 9 mai 1881, DP 1882, 1, 13.

¹⁶⁴³ V. par ex. P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931 ; B. STARCK, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, D. 1974, chron. p. 157, spéc., n°12 et s. Comp. Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix en Provence, 1981 et du même auteur, J.-Cl. Contrats – Distribution, fasc. 110, préc., spéc. n°11 et s., qui présentant la distinction estime qu'elle n'a qu'une portée relative ; Adde, T. GENICON, *Le régime des clauses de réparation : état des lieux et perspectives*, RDC 2008, spéc. n°12, p. 991 et s. ; O. DESHAYES, *La distinction entre les clauses de non-obligation et les clauses exonératoires de responsabilité*, obs. sous Cass. com. 17 février 2009, RDC 2009, spéc. p. 1379 et s.

¹⁶⁴⁴ P. DURAND, *op. cit.*, n°4, 35 et s., et 38 et s., opère la distinction entre « *les conventions qui ont pour objet de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité et pour effet d'empêcher cette responsabilité de naître* » et celles par lesquelles « *un individu, tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité, déclare qu'il n'entend pas en assumer les conséquences* ».

¹⁶⁴⁵ Ph. DELEBECQUE, préc., n°19 ; Adde, du même auteur, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, *op. cit.*, n°28, « *la dissociation faite au sein de la notion même d'obligation, entre la prestation, objet de la promesse, et la diligence que doit exercer le débiteur dans l'exécution de la prestation qui lui incombe* ».

mettre à la charge du créancier, certains risques qui, d'après l'économie du contrat, pèsent normalement sur le débiteur »¹⁶⁴⁶. Simple, la proposition ne l'est toutefois qu'en apparence.

315 - Remise en cause de l'utilité de la distinction. Il est souvent particulièrement compliqué de déterminer si la clause litigieuse porte sur un allègement du contenu obligationnel ou sur la responsabilité du débiteur. Le résultat auquel aboutissent ces stipulations est en pratique le même : « *la paralysie du droit à la réparation* »¹⁶⁴⁷. Il semble, en effet, que prévoir qu'un débiteur n'est pas responsable en cas d'inexécution ou qu'il ne doit pas l'exécuter revient au même : « *c'est la même chose d'écarter une obligation ou de dire que le débiteur ne sera pas responsable de cette obligation* »¹⁶⁴⁸. La jurisprudence tend même à une unification du régime de ces différents types de clauses. Alors qu'en principe les causes permettant la mise à l'écart de la clause d'irresponsabilité et celles permettant de passer outre une clause de non obligation divergent, l'application n'est guère aisée. Ainsi, classiquement la première cède devant le dol ou la faute lourde¹⁶⁴⁹, alors que la seconde doit contrevenir à l'obligation essentielle¹⁶⁵⁰ ou à l'ordre public pour être écartée. Partant, le dol ou la faute lourde ne sauraient être invoqués afin d'écarter une clause de non obligation. L'affirmation paraît logique puisqu'« *on ne commet ni dol, ni faute, en n'exécutant pas une obligation valablement non assumée : c'est là une évidence* »¹⁶⁵¹. Néanmoins, les frontières se brouillent car la jurisprudence ne tranche pas aussi nettement la question et semble hésiter dans la classification des clauses dans telle ou telle catégorie¹⁶⁵². De plus, dans un souci d'accorder une meilleure

¹⁶⁴⁶ Ph. DELEBECQUE, préc., n°19.

¹⁶⁴⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n°181-1.

¹⁶⁴⁸ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de Marcel PLANIOL*, T. II, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1947, n°784 ; Rapp. A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, op. cit., n°422.

¹⁶⁴⁹ V. par ex. Cass. com. 15 juin 1959, Bull. civ. IV, n°265, « *seuls le dol ou la faute lourde de la partie qui invoque, pour se soustraire à son obligation, une clause d'irresponsabilité insérée au contrat et acceptée par l'autre partie, peuvent faire échec à l'application de ladite clause* ».

¹⁶⁵⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, Bull. civ. I, n°76 ; Sur l'obligation essentielle, V. Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°357 et s. ; V. déjà, Cass. Req., 19 janvier 1863, DP 1863, 1, p. 248, « *un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter* ».

¹⁶⁵¹ En ce sens, B. STARCK, préc., n°15.

¹⁶⁵² V. la démonstration de Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°979 ; Adde, Cass. com. 17 février 2009, Bull. civ. IV, n°27, D. 2009, p. 1308, note Ph. DELEBECQUE ; LPA 2009, 29 mai 2009, n°107, p. 15, note M. BURGARD ; RDC 2009, p. 1377, obs. O. DESHAYES, en l'espèce une clause d'un contrat de transport aérien contenait une clause précisant que « *les envois sont livrés à l'adresse du destinataire, [le transporteur] peut délivrer à une autre personne que celle mentionnée sur la lettre de transport aérien* ». La Cour de cassation analyse ladite clause comme portant sur la responsabilité. Or en considérant

protection aux créanciers insatisfaits, les juges rapprochent le régime de ces deux clauses. La Cour de cassation a pu relever, par exemple, l'existence d'une faute lourde afin d'écarter une clause limitant la portée d'une obligation¹⁶⁵³ et inversement, a pu admettre le manquement à une obligation essentielle en présence d'une clause d'irresponsabilité¹⁶⁵⁴. Si la distinction entre clause de non obligation et clause d'irresponsabilité ne peut théoriquement être niée¹⁶⁵⁵, ses implications pratiques semblent être limitées¹⁶⁵⁶. Aussi, est-ce d'une façon générale qu'il convient, dans le cadre de cette étude, d'appréhender les rapports entre ces clauses paralysant la réparation et l'obligation de mise à disposition.

2. L'articulation entre clauses d'allègement et obligation de mise à disposition

316 - Validité des clauses d'allègement et obligation de mise à disposition purement matérielle. L'obligation de mise à disposition peut-elle être allégée ? Si une réponse affirmative s'impose à première vue, il semble indéniable que cette obligation contienne certaines spécificités. Elle présente, dans certaines hypothèses, un double aspect : la mise à disposition matérielle, proprement dite, et la pérennisation de la situation¹⁶⁵⁷. Or il convient de déterminer si ses deux aspects peuvent être l'objet d'un allègement ou si, au contraire, seul l'un des deux peut potentiellement être affecté par les stipulations du contrat. Tout d'abord, la latitude laissée aux parties afin d'aménager l'obligation de mise à disposition purement matérielle ne semble guère très large. Ainsi par exemple, il n'est pas concevable qu'un vendeur puisse stipuler une décharge totale l'exonérant de son obligation de délivrance ou excluant le principe même de la réparation en cas d'inexécution. Cette

qu'elle décharge le transporteur de son obligation de délivrer le bien au destinataire, il est possible d'y voir une clause de non-obligation.

¹⁶⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1978, Bull. civ. I, n°358, JCP 1979, II, 19139, note G. VINEY.

¹⁶⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, Bull. civ. I, n°29, JCP 1984, II, 20215, note F. CHABAS ; RTD civ. 1983, p. 143, obs. G. DURRY ; D. 1982, p. 457, note C. LARROUMET.

¹⁶⁵⁵ Un point particulier ne peut être nié. Lorsque l'obligation faisant l'objet d'une clause de non responsabilité est exécutée, le débiteur ne saurait demander la répétition de la prestation fournie. Seul le régime de l'inexécution est alors réglé par la clause. Or si une stipulation contractuelle dégage le débiteur d'une obligation et que ce dernier l'exécute malgré tout, il pourra – semble-t-il – obtenir la restitution de ce qu'il ne devait pas fournir.

¹⁶⁵⁶ Il faut toutefois relever que la responsabilité n'est pas, en soi, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution. En d'autres termes, l'inexécution ne se traduit pas nécessairement par l'allocation de dommages et intérêts. Le créancier lésé peut, en effet, invoquer l'exécution forcée ou la résolution du contrat. Sur ces points, V. *Infra* n° 320 et s.

¹⁶⁵⁷ V. *Supra* n° 179 et s.

obligation étant une obligation essentielle du contrat¹⁶⁵⁸, son débiteur ne saurait s'en dispenser. Le principe est d'ailleurs affirmé avec plus de force en matière de bail, dans lequel la Cour de cassation a pu consacrer le caractère d'ordre public de l'obligation de délivrance¹⁶⁵⁹. Ces solutions se comprennent aisément ; comme le note un auteur, « *il ne resterait rien du bail, le contrat n'aurait aucun sens, si le bailleur pouvait s'exonérer de la livraison de la chose ou, ce qui revient au même, de la responsabilité encourue pour défaut de livraison* »¹⁶⁶⁰. Partant, envisagée uniquement comme une obligation emportant la remise d'une chose, l'allègement de l'obligation de mise à disposition ne pose pas véritablement de problème : considérée comme une obligation essentielle, sa mise à l'écart viderait le contrat de sa substance¹⁶⁶¹.

317 - Validité des clauses d'allègement et pérennisation de la mise à disposition. Tout autre est la situation lorsque l'obligation de mise à disposition implique l'intervention du débiteur tout au long du contrat. La question se pose alors de savoir si, par exemple un bailleur, après avoir mis matériellement la chose à la disposition du preneur, peut aménager l'exécution de son obligation ou refuser d'assumer les conséquences de l'inexécution, sans atteindre l'essence du contrat. Dans un premier temps, il est permis de constater que le bailleur ne saurait s'exonérer de la totalité de son obligation de faire jouir paisiblement le preneur. Ainsi une clause

¹⁶⁵⁸ V. par ex. assimilant le défaut d'exécution de l'obligation de délivrance à un manquement à une obligation essentielle du contrat, Cass. com. 13 février 2007, Bull. civ. IV, n°43, D. 2007, p. 654, obs. X. DELPECH ; JCP 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET ; *Adde*, pour la délivrance en matière de crédit-bail, CA Paris, 10 décembre 1976, Gaz. Pal. 1977, 2, p. 664, note E.-M. BEY ; CA Dijon, 2 septembre 1986, JCP 1987, II, 20865, note E.-M. BEY.

¹⁶⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 octobre 1989, Bull. civ. I, n°317, D. 1991, p. 225, note P. ANCEL ; *Adde*, CA Aix-en-Provence, 15 septembre 1994, jurisdata n°1994-047669, « *la disposition limitant la responsabilité du loueur (...) ne peut avoir pour effet de l'exonérer de son obligation essentielle de délivrance comportant la mise à disposition d'engins fiables et de personnels compétents. Les droits fondamentaux du locataires sont donc préservés* ».

¹⁶⁶⁰ P. ANCEL, note préc., p. 229 ; Rapp. F. COHET-CORDEY, *L'obligation de délivrance du bailleur dans les contrats de location d'un bien immobilier*, AJDI 2008, p. 1014, « *de l'essence même du contrat [l'obligation de délivrance] est nécessairement première dans le temps. En effet, comment le contrat de bail pourrait-il s'exécuter en l'absence de cette obligation ? Le locataire qui ne serait pas mis en jouissance ne pourrait mettre en œuvre les droits qui lui sont reconnus par le contrat de bail et il serait difficile de lui imposer le respect de ses obligations comme celle qui le contraint à la restitution de la chose louée* ».

¹⁶⁶¹ Cela ne signifie toutefois pas que certaines modalités de la délivrance ne puissent être l'objet de clause d'allègement. Ainsi par exemple, dans un contrat conclu entre professionnels, une clause écartant tout principe de réparation en cas de retard dans les délais de livraison est valable et produit pleinement ses effets (Cass. Req., 4 juillet 1921, S. 1922, 1, p. 158), sauf, bien entendu, si le retard est intentionnel (CA Colmar, 11 février 1955, D. 1955, p. 761, note J. HÉMARD). La situation est différente si le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur : une telle clause serait susceptible d'être considérée comme abusive. L'article R. 132-1 6° du Code de la consommation présume, en effet, abusive de façon irréfutable la clause ayant pour objet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ». V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1987, Bull. civ. I, n°226, D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; RTD civ. 1988, p. 114, note J. MESTRE.

entraînant la renonciation du preneur à « *exercer contre le bailleur, pendant le cours du bail, aucune action pour quelque cause que ce puisse être* »¹⁶⁶², doit être considérée comme nulle, puisqu'elle réduit le contenu obligationnel du contrat à la seule mise à disposition matérielle de la chose louée. Dans un second temps, il apparaît que le bailleur peut néanmoins s'exonérer de certaines composantes de son obligation, sans atteindre l'essence du contrat. Il lui est ainsi possible d'écarter l'obligation de délivrer « *en bon état de réparations de toute espèce* », celle-ci n'étant pas considérée comme relevant de l'ordre public¹⁶⁶³, du moins lorsque n'est pas en cause un bail à usage d'habitation¹⁶⁶⁴. Il est également envisageable de dispenser le bailleur d'effectuer son obligation d'entretien¹⁶⁶⁵, bien que les clauses de ce type semblent être interprétées particulièrement strictement¹⁶⁶⁶. De façon plus large encore, la jurisprudence, affirme traditionnellement que « *l'obligation de faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée n'est pas de l'essence du bail* »¹⁶⁶⁷, réduisant de la sorte à outrance l'obligation essentielle du bailleur.

Force est alors de constater le flou régnant en la matière : malgré l'interdiction de principe faite au bailleur de n'assurer aucune obligation permettant de procurer la jouissance effective du preneur, les juges admettent que les clauses du contrat peuvent la réduire de façon considérable. Le socle minimum de l'obligation du bailleur, auquel il ne pourrait en aucun cas se soustraire se limite alors à la mise à disposition matérielle du bien et aux « *réparations indispensables pour que la chose soit propre à son usage* »¹⁶⁶⁸, ces dernières se rattachant, dans une certaine mesure, à la

¹⁶⁶² Cass. req. 19 janvier 1863, DP 1863, 1, p. 248 ; Rapp. Cass. soc. 25 octobre 1946, D. 1947, p. 88.

¹⁶⁶³ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 12 novembre 1975, Bull. civ. III, n°327.

¹⁶⁶⁴ Les dispositions de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 étant en vertu de son article 2, d'ordre public.

¹⁶⁶⁵ En ce sens, V. par ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°316 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°985.

¹⁶⁶⁶ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1984, Bull. civ. III, n°209, qui décide qu'une clause mettant à la charge du preneur, « *les réparations de toute nature, grosses et menues* », et en particulier « *la réparation des toitures* », n'exonère pas le bailleur de la réfection totale de la toiture ; Rapp. Cass. civ. 3^e, 3 février 2010, Bull. civ. III, n°28, qui précise, en matière de bail à usage d'habitation, que « *les parties ne pouvaient valablement convenir que le locataire exécutera, même avec une contrepartie, les travaux de mise aux normes de confort et d'habitabilité prévues par le décret du 6 mars 1987* ».

¹⁶⁶⁷ Cass. soc. 28 octobre 1958, Bull. civ. IV, n°1123, RTD civ. 1959, p. 117, obs. J. CARBONNIER ; *Adde*, Cass. soc. 21 juin 1958, Bull. civ. IV, n°786, RTD civ. 1958, obs. J. CARBONNIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1951, D. 1951, p. 587 ; JCP 1952, II, 6717, obs. P. ESMEIN ; Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1986, D. 1987, p. 481, note Ph. DELEBECQUE.

¹⁶⁶⁸ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n°504 ; V. par ex. Cass. civ. 3^e, 5 juin 2002, Bull. civ. III, n°123, RDC 2003, note G. LARDEUX.

première¹⁶⁶⁹. Or il est possible de se demander dans quelle mesure la limitation exponentielle des obligations du bailleur ne « *contredirait* [pas] *la portée de l'engagement pris* »¹⁶⁷⁰ : un contrat par lequel le *tradens* ne s'engage qu'à délivrer puis à réparer la chose dans des cas très limités présente-t-il encore les caractéristiques du bail ? Une telle analyse semble donc pouvoir être remise en cause, en constatant, une certaine tendance de la jurisprudence à renforcer, le « *minimum contractuel* »¹⁶⁷¹ auquel est astreint le bailleur. Dans un premier arrêt la Cour de cassation a pu expressément viser « *l'obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre de laisser sa voiture en stationnement* »¹⁶⁷². Bien que dans cet arrêt, la qualification du contrat en cause puisse être discutée¹⁶⁷³, la référence à l'obligation de faire jouir paisiblement rend inévitable l'analogie avec le bail¹⁶⁷⁴. Partant, cette obligation, érigée en obligation essentielle, ne saurait être amputée en totalité, le bailleur ne pouvant se contenter de simplement mettre la chose à la disposition de son cocontractant : il doit également assurer la pérennisation de la situation créée. Une seconde décision rendue le 1^{er} juin 2005 abonde en ce sens, la Cour de cassation jugeant que « *le bailleur est obligé par la nature du contrat, (...) de délivrer au preneur la chose louée, d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail, (...) le bailleur ne peut [donc] par le biais d'une clause relative aux travaux, s'affranchir de son obligation de délivrer les*

¹⁶⁶⁹ Cass. civ. 3^e, 19 avril 1989, Bull. civ. III, n°83, « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, eu égard à la destination des lieux prévue au bail, l'exécution des travaux imposés par l'Administration n'était pas rattachable à l'obligation de délivrance de la chose louée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* », (nous soulignons).

¹⁶⁷⁰ Pour reprendre l'expression issue de l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n°261, D. 1997, jur. 121, note A. SÉRIAUX, et somm. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; JCP 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN, et 4025, obs. G. VINEY ; JCP 1997, II, 22881, obs. D. COHEN ; CCC 1997, comm. 24, obs. L. LEVENEUR) et reprise par Cass. com. 18 décembre 2007, (Bull. civ. IV, n°265, RDC 2008, p. 262, note T. GENICON et p. 287, comm. G. VINEY ; RTD civ. 2008, p. 310, note P. JOURDAIN ; D. 2008, p. 154, note X. DELPECH ; RLDA 2008, n°28, p. 37, note C. BOILLOT) ; Rapp. D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation, les quatre saisons*, D. 2008, p. 1776 ; T. GENICON, *Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives*, RDC 2008, p. 982 ; L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Contrôle objectif de l'accord : la valeur des clauses limitatives de réparation*, dr. et pat. 2009, p. 131.

¹⁶⁷¹ Selon l'expression de P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, op. cit., n°85.

¹⁶⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, Bull. civ. I, n°76, CCC 1994, comm. 82, obs. G. RAYMOND et comm. 94, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1994, p. 616, obs. P. JOURDAIN ; D. 1995, p. 214, comm. N. DION ; En l'espèce la clause de non obligation écartée par le jeu de l'obligation essentielle avait été stipulée par l'exploitant d'un parc de stationnement sur un ticket de parking et précisait que « *l'utilisation du présent ticket donne droit au stationnement du véhicule mais ne constitue nullement un droit de garde et de dépôt du véhicule, de ses accessoires et des objets laissés à l'intérieur* ».

¹⁶⁷³ Ainsi, G. RAYMOND, préc., y voit un contrat *sui generis*.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, P. JOURDAIN, préc.

lieux loués »¹⁶⁷⁵. Si la solution vise l'obligation de délivrance, il semble que c'est plutôt à l'obligation générale de faire jouir paisiblement que l'arrêt se réfère : en effet, en l'espèce, le preneur avait été troublé dans sa jouissance, puisque le bailleur l'avait privé de l'usage des lieux pendant la réalisation des travaux. L'élévation de l'obligation de faire jouir paisiblement au rang d'obligation essentielle paraît ainsi confirmée ; comme le notent des commentateurs de l'arrêt « *le message de la troisième chambre civile est donc des plus explicite, comme d'ailleurs son visa, à côté de l'article 1719, de l'article 1134 : le bailleur souscrit l'obligation essentielle de faire jouir paisiblement le preneur des lieux loués, et ne saurait donc s'affranchir de cette obligation* »¹⁶⁷⁶. En raison de la grande casuistique régnant en la matière, la conclusion à tirer peut paraître frustrante en ce qu'elle ne peut être que très abstraite et peu pratique. Il apparaît, en effet, que si ponctuellement, le bailleur peut se décharger de certaines obligations, telles celles d'entretien ou de réparations, il ne saurait en aucun cas se dispenser de la totalité de ces obligations, leur addition composant l'obligation générale et essentielle de faire jouir le preneur. Prestation caractéristique¹⁶⁷⁷ du bail, l'obligation de mise à disposition en est l'obligation essentielle ; dès lors, lorsqu'elle se trouve trop largement amputée, le contrat perd toute sa substance¹⁶⁷⁸.

318 - Synthèse. L'obligation de mise à disposition, envisagée en contemplation de la responsabilité qui découle de son inexécution ou de son exécution défectueuse présente certaines spécificités. Ainsi, elle semble toujours devoir être envisagée comme une obligation de résultat, qu'elle se limite, d'ailleurs, à la seule remise de la chose ou qu'elle inclue la pérennisation de la situation créée. Deux conséquences découlent de cette affirmation. Tout d'abord, seule la preuve de la force majeure serait de nature à exonérer le débiteur de la mise à disposition de sa responsabilité. Ensuite, seules les obligations de faire semblent sensibles à la distinction entre obligation de moyens et de résultat. Devant cette grande rigueur

¹⁶⁷⁵ Cass. civ. 3^e, 1^{er} juin 2005, Bull. civ. III, n°119, RTD civ. 2005, p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Defrénois 2006, p. 439, obs. L. RUET.

¹⁶⁷⁶ J. MESTRE et B. FAGES, préc. ; Adde, J.-B. SEUBE, *La clause de responsabilité et l'obligation accessoire*, note sous, Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2009, RDC 2009, p. 1103 et s., spéc., p. 1107, « *le bailleur a pour obligations essentielles de délivrer la chose, de l'entretenir, et d'en faire jouir paisiblement le locataire pendant la durée du bail* ».

¹⁶⁷⁷ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, op. cit., n°323.

¹⁶⁷⁸ Rapp. dans le cadre du contrat de franchise, la part essentielle de l'obligation de mise à disposition semble constituée par la transmission du savoir-faire qui se prolonge tout au long du contrat et qui ne saurait être l'objet d'une clause en diminuant l'intensité ou la supprimant radicalement. En ce sens, V. DCFR, art. IV, E-4-202, 1) « *throughout the duration of the contractual relationship the franchisor must provide the franchisee with the know how which is necessary to operate the franchise business* ; 2) *the parties may not exclude the application of this article or derogate from or vary its effects* », (nous soulignons).

quant à l'intensité de l'obligation, les contractants peuvent être tentés d'en diminuer l'étendue par le biais de clauses exclusives de responsabilité ou de non obligation. Or l'admission de ce type de clauses apparaît particulièrement encadrée. La détermination du socle intangible de l'obligation de mise à disposition conduit, en effet, à essentialiser très largement ses différentes composantes. D'une part, la mise à disposition matérielle conditionne la poursuite de la relation contractuelle, à ce titre elle est nécessairement essentielle et ne saurait être l'objet d'une exclusion de responsabilité ou être simplement exclue du contenu obligationnel. D'autre part, lorsqu'à l'image de l'obligation du bailleur, la mise à disposition doit être prolongée tout au long du contrat, elle semble rétive à une trop large limitation de son contenu. S'il n'est guère concevable d'interdire toute immixtion de la volonté des parties dans la modulation de l'obligation, celle-ci doit pour autant être réduite. Ainsi par exemple, un bailleur pourrait valablement faire peser l'obligation d'entretien sur le preneur, mais il ne saurait s'affranchir de toutes les obligations composant la jouissance paisible, voire simplement limiter son engagement à la seule mise à disposition matérielle du bien. Dans ces hypothèses l'engagement de l'*accipiens* serait, semble-t-il, dépourvu de véritable cause et le contrat ne pourrait être qualifié de bail.

319 - Conclusion de section : l'obligation de mise à disposition dotée d'une nature et d'un contenu propre. L'obligation de mise à disposition présente de nombreuses particularités permettant de confirmer sa nécessaire dissociation de l'obligation de faire. Tout d'abord, partant du principe que l'exécution d'une obligation est un paiement et considérant que le paiement ne peut être qualifié de façon unitaire, il est possible de constater que l'exécution d'une obligation de faire doit toujours être qualifiée de fait juridique, alors que l'exécution de l'obligation de *praestare* prend, quant à elle, les traits d'un acte juridique. Il est également possible de constater que l'intensité de l'obligation de *facere* varie, en fonction de la prestation exécutée, puisqu'elle prend parfois les traits d'une obligation de moyens et parfois ceux d'une obligation de résultat, alors que celle de l'obligation de *praestare* est unique : elle est toujours une obligation de résultat. Enfin, la confrontation de l'obligation de mise à disposition et de la responsabilité découlant de son inexécution permet de dégager la "portion essentielle" de cette prestation. Une double constatation s'impose alors. D'une part, lorsque l'obligation de mise à disposition est limitée à la seule remise de la chose, celle-ci constitue nécessairement une obligation essentielle, indispensable à la réalisation de l'objectif prévu par les parties. D'autre part, bien que le constat paraisse moins saisissant, lorsque l'obligation se prolonge, la force des liens l'unissant avec sa "portion essentielle", empêche les parties de stipuler trop largement à son égard.

L'originalité de l'obligation de mise à disposition semble donc établie. Pour autant, elle doit être confirmée par l'étude de ses sanctions en cas d'inexécution.

Section II Systématisation des conséquences de l'inexécution de l'obligation de mise à disposition

320 - Confirmation de l'autonomie de l'obligation de mise à disposition par l'étude de l'inexécution. Doter l'obligation de mise à disposition d'une nature spécifique serait un effort vain s'il n'était guère envisageable de lui appliquer un régime particulier quant aux conséquences de son inexécution. Partant, c'est dans l'analyse générale des remèdes à l'inexécution qu'il est possible de découvrir les particularités du *praestare*. C'est au second alinéa de l'article 1184 du Code civil qu'il convient de se référer afin de déterminer le cadre de l'étude. Celui-ci dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». Tout est dit... ou presque. Tout d'abord, en cas d'inexécution, le créancier peut demander l'exécution forcée de la convention. Or, puisque cette exécution, du moins lorsqu'elle présente un caractère direct, n'est guère tolérable lorsqu'une obligation de faire est en jeu¹⁶⁷⁹, seule l'obligation de mise à disposition serait ici visée (§1). Remède spécial de l'obligation de mise à disposition, l'exécution forcée se distingue en cela de ceux applicables autant aux obligations de mise à disposition qu'aux obligations de faire : l'exception d'inexécution et la résolution. Leur vocation à une application plus générale, non basée sur la nature de l'obligation inexécutée, ne signifie pas pour autant que lorsqu'une obligation de *praestare* est impliquée, certains effets spécifiques ne puissent être découverts, bien au contraire (§2).

§ 1. Une conséquence inhérente de l'inexécution de l'obligation de mise à disposition : l'exécution forcée

321 - L'obligation de mise à disposition, siège de la contrainte directe. L'exécution forcée apparaît, à première vue, comme le remède le plus logique face à

¹⁶⁷⁹ V. *Supra*, n° 257 et s.

l'inertie du débiteur. Ce dernier s'étant engagé à accomplir une obligation, s'il refuse de s'exécuter, quoi de plus logique que de l'y forcer ? Pour autant une condamnation automatique du débiteur récalcitrant n'a jamais été admise. Une première restriction a déjà été posée. Elle concerne les obligations de faire qui, par nature, sont insusceptibles d'une contrainte physique, en raison du trop fort lien unissant ce type d'obligation et la personne de leur débiteur¹⁶⁸⁰. Cette difficulté dépassée, les obligations portant sur les choses, donc les obligations de mise à disposition, devraient, quant à elles, être susceptibles d'une exécution forcée par principe (A). Une telle affirmation, avancée de façon trop péremptoire, serait toutefois erronée. Dans de nombreuses hypothèses et d'ailleurs quelle que soit l'obligation en cause, le droit à l'exécution forcée du créancier peut être contrarié par une cause d'impossibilité (B).

A. Le principe : l'obligation de mise à disposition, domaine de prédilection de l'exécution forcée directe

322 - Un principe pour le moins limité. Puisque l'obligation de mise à disposition porte sur les choses et que seules les obligations portant sur les choses peuvent faire l'objet d'une exécution forcée directe, le *praestare* apparaît comme l'unique domaine d'élection de cette mesure. Simple dans son énoncé, la proposition n'a cependant pas toujours prévalu. Il est, en effet, classiquement enseigné que l'exécution forcée en nature n'est qu'un remède relativement récent (1). En outre, les ingérences rendues possibles par le prononcé d'une mesure aussi coercitive ne sont tolérables qu'autant qu'elles sont suffisamment encadrées et limitées. Aussi, le créancier de l'obligation inexécutée doit-il disposer d'une créance existante et exigible ainsi que d'un titre exécutoire¹⁶⁸¹. Toutefois, au-delà de ces exigences procédurales, c'est surtout l'analyse du contenu de l'obligation en cause qui importe (2).

1. L'exécution forcée de la remise, le principe d'une action débattue.

323 - L'incertitude quant aux origines de l'exécution forcée : le postulat d'une méconnaissance de l'exécution forcée. L'obligation de mise à

¹⁶⁸⁰ V. *Supra*, n° 260 et s.

¹⁶⁸¹ Art. 502 CPC, « nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

disposition porte nécessairement sur la remise d'une chose. Or en considérant que l'article 1142 du Code civil n'a vocation à s'appliquer qu'aux obligations relatives à l'activité personnelle du débiteur¹⁶⁸², l'obligation de mise à disposition serait donc susceptible d'une exécution forcée en nature. Partant, l'exécution forcée en nature de la remise de la chose ne devrait pas poser de problèmes. Il est toutefois intéressant de noter que le principe même de l'octroi de l'exécution forcée a longtemps été débattu. Dès le droit romain, les effets de l'action *ex empto* – action ouverte à l'acheteur en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance par le vendeur – et de l'action *ex conducto* – permettant de sanctionner l'absence de tradition en matière de louage – ont été discutés. La vente n'étant alors pas translatrice de propriété *ipso facto*¹⁶⁸³, l'action naissant de l'inexécution ne pouvait être remplacée par l'action en revendication. Aussi, semble-t-il que l'acheteur ne s'étant pas fait remettre le bien ne pouvait avoir recours à la « *force armée* »¹⁶⁸⁴. Les textes semblent, en effet limiter les conséquences de l'inexécution de la remise dans la vente à la seule allocation de dommages et intérêts. Ainsi par exemple DIOCLETIEN et MAXIMIEN affirment que « *si la tradition de la chose vendue n'a pas eu lieu conformément au contrat, par la mauvaise volonté du vendeur, le président de la province le condamnera à une indemnité proportionnée à l'intérêt que l'acheteur avait à être livré* »¹⁶⁸⁵. Le principe pouvait être justifié par deux arguments. Tout d'abord, le vendeur demeurait propriétaire de la chose jusqu'à la tradition, il n'aurait donc pu en être dépouillé par la force. Ensuite, c'est par une interprétation large de la maxime « *nemo praecise cogi potest ad factum* » que les pourfendeurs de l'exécution forcée déduisaient que « *nemo potest cogi ad traditionem* »¹⁶⁸⁶. Cette solution semble avoir perduré¹⁶⁸⁷ sous la plume de certains auteurs dans l'Ancien Droit¹⁶⁸⁸ mais n'est pas exempte de tous reproches.

¹⁶⁸² Sur ce point, V. *Supra*, n° 261.

¹⁶⁸³ V. *Supra*, n° 13 et s.

¹⁶⁸⁴ Selon l'expression de R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, trad. D. De BRÉARD-NEUVILLE, T. VII, Paris, réed. 1821, Dondey-Dupré, p. 121, n. 4

¹⁶⁸⁵ *Codex*, L. 4, 49, 4, « *si traditio rei venditae juxta emptionis contractum, procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tunc in condemnationis deducere curabit* » ; Rapp. D. 19.1.1 pr, « *si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris* » : « *si la chose vendue n'a pas été livrée, il y a lieu à des dommages-intérêts, c'est-à-dire, à raison de l'intérêt qu'avait l'acheteur à être livré* ».

¹⁶⁸⁶ Ces arguments sont énumérés et combattus par R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. III, *Traité de la vente*, op. cit., n°68.

¹⁶⁸⁷ Pour un historique de l'évolution vers l'admission de l'exécution forcée, V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n°23 et s.

¹⁶⁸⁸ V. par ex. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, T.I, Paris, Grangé et Cellot, 2^e éd., 1770, L. III, T. II, Chap. I, S. I, III ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., P. I, L. I, T. I, S. III, n°IV, « *c'est le second effet des engagements, que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui en demeure, soit qu'il ne*

324 - Remise en cause du postulat. Suivant la doctrine majoritaire, le droit romain ne connaissait pas l'exécution forcée en nature¹⁶⁸⁹ ; quelle que soit la nature de l'obligation inexécutée, celle-ci ne pouvait se résoudre qu'en dommages et intérêts. Partant, certains ont pu affirmer qu'à cette période « *on octroyait au débiteur le droit de ne pas tenir sa promesse* »¹⁶⁹⁰. Néanmoins il peut être remarqué que les thèses soutenant de façon péremptoire que le droit romain n'admettait pas l'exécution forcée ne sont pas totalement exactes. Il est indéniable que si l'unité ne régnait pas en la matière, certains textes admettent toutefois le principe d'une exécution en nature, notamment en matière d'obligation de livrer. Ainsi PAUL, affirmant que « *si le vendeur ne livre pas la chose qu'il a vendue, ni n'en met en possession l'acheteur, ce dernier a l'action de la vente pour l'y forcer* »¹⁶⁹¹, reconnaît explicitement la possibilité pour l'acheteur de se faire mettre en possession *manu militari*. Il apparaît ainsi dès les origines que le refus d'une exécution en nature des obligations portant sur les choses n'allait pas de soi. Cette affirmation conjuguée, en droit positif, à la nécessaire interprétation stricte de l'article 1142 du Code civil et de la maxime « *nemo praecise cogi potest ad factum* », rendent admissibles le principe de l'exécution forcée de l'obligation de mise à disposition¹⁶⁹².

2. L'admission limitée de l'exécution forcée directe de l'obligation de mise à disposition

325 - La prédominance « du rapport à la chose »¹⁶⁹³. L'exécution d'une obligation de mise à disposition ne compromet en aucun cas la liberté personnelle de son débiteur. Elle ne porte que sur le transport de la chose ; or en matière d'obligation de donner « *la liberté est hors de cause (...) la force publique s'adresse à la chose et*

le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution ou du retardement, et les circonstances ».

¹⁶⁸⁹ V. par ex. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II, *op. cit.*, n°173 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 685.

¹⁶⁹⁰ E. MEYNAL, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, *Rev. prat.* 1884, p. 390.

¹⁶⁹¹ PAUL, *Sent. Liv. 1, tit. 13, § 4* « *Actione ex empto, si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur venditor cogi potest ut tradat, aut mancipet* », (nous soulignons).

¹⁶⁹² Le principe dégagé à partir de l'action *ex empto* peut être élargi à l'action *ex conducto*, en ce sens, V. R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. IV, *Traité du louage*, *op. cit.*, n°66.

¹⁶⁹³ L'expression est empruntée à I. CORNESSE, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles*, *RRJ* 2003-4, n°39, p. 2457

non à l'homme »¹⁶⁹⁴. En réalité, c'est de la prestation même du débiteur qu'il est possible de se dispenser. Lorsque la remise de la chose est en cause, il est tout à fait envisageable qu'un tiers saisisse le bien dans les mains du débiteur et le remette au créancier. D'un point de vue purement théorique, une certaine incohérence peut être relevée. Comme le note un auteur, un paradoxe semble inhérent à la matière de l'exécution forcée directe : « *alors [qu'elle] renvoie à l'image de l'exécution par le débiteur lui-même de l'obligation, elle repose sur la possibilité de se passer de son intervention. Dans toutes ces situations, le rapport à la chose prédomine* »¹⁶⁹⁵. C'est toutefois ce paradoxe qui autorise le recours à l'exécution forcée directe : puisqu'il est possible de se passer du concours du débiteur, sa liberté n'est en aucun cas mise en jeu. Aussi, est-ce fort logiquement que la jurisprudence, en application des articles 1184 alinéa 2, et 1610 du Code civil, admet que l'acheteur peut forcer le vendeur récalcitrant à exécuter son obligation. Les obligations de mise à disposition semblent même être le terrain d'élection privilégié de l'exécution forcée en nature. Ce palliatif de l'inexécution emporte nécessairement une certaine violence, or celle-ci n'est tolérable que « *dans les cas où elle tend à obtenir l'exécution d'une obligation qui a pour objet une chose ; alors qu'elle ne l'est pas lorsque l'objet de l'obligation est la prestation d'une personne* »¹⁶⁹⁶. Les obligations de mise à disposition ne portant jamais sur des *mera facta*¹⁶⁹⁷, le recours à la force publique aux fins d'obtenir l'exécution forcée directe apparaît, en principe, toujours envisageable¹⁶⁹⁸, qu'il s'agisse d'ailleurs de l'obligation du *tradens*, ou de l'*accipiens*¹⁶⁹⁹.

326 - Des applications limitées à la seule remise de la chose.

L'admission de l'exécution forcée directe de la remise prend les traits d'un véritable principe et paraît même logique : « *lorsqu'il est possible, par la force, d'enlever au défendeur la chose mobilière qu'il détient, ou de l'expulser de l'immeuble qu'il occupe, résoudre en dommages-intérêts le droit du demandeur équivaldrait à supprimer [en*

¹⁶⁹⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, n°198.

¹⁶⁹⁵ I. CORNESSE, préc., p. 2457.

¹⁶⁹⁶ N. PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, op. cit., n°675 ; Rapp. M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué, De la vente*, T. I, Paris, Charles Hingray, 5^e éd., 1856, n°293, « *le jugement qui ordonne la mise en possession équivaut à la délivrance que le vendeur aurait dû faire et à laquelle il s'est refusé, et, en cas de résistance à cet ordre de la justice, le vendeur pourra être contraint manu militari. Car ce n'est pas une obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts* ».

¹⁶⁹⁷ V. R.-J. POTHIER, op. cit., n°68.

¹⁶⁹⁸ Pour des exemples d'application, V. *Supra*, n° 263.

¹⁶⁹⁹ V. pour la condamnation à l'exécution forcée d'une obligation de retirement, Cass. com., 12 juin 1963, Bull. civ., III, n° 316.

matière de contrat translatif de propriété] *le droit réel. On ne l'envisage point* »¹⁷⁰⁰. À ce titre, il est intéressant de noter que le droit positif consacre des dispositions spéciales quant à la sanction de l'obligation de *praestare*. La loi du 9 juillet 1991¹⁷⁰¹, prévoit, en effet, un mode spécifique d'exécution forcée destiné aux obligations de mise à disposition des biens mobiliers¹⁷⁰² : l'appréhension des meubles. Son article 56 dispose, à ce titre, que « *l'huissier de justice chargé de l'exécution fait appréhender les meubles que le débiteur est tenu de livrer ou de restituer au créancier*¹⁷⁰³ en vertu d'un titre exécutoire, sauf si le débiteur s'offre à en effectuer le transport ». Malgré l'emploi, dans le texte du terme "livrer"¹⁷⁰⁴, ces dispositions ne se limitent pas à la seule mise à disposition issue d'une vente de meubles corporels. Au contraire, le décret d'application du 31 juillet 1992¹⁷⁰⁵, à l'article 139, vise, quant à lui, « *les biens meubles corporels qui doivent être délivrés*¹⁷⁰⁶ ou restitués ». Partant, une telle procédure semble parfaitement pouvoir être invoquée en matière de bail¹⁷⁰⁷. En matière immobilière, l'exécution forcée de la mise à disposition ne semble guère poser de problèmes. Il est ainsi tout à fait envisageable que le créancier d'une obligation de délivrance n'obtenant pas la remise des clefs, puisse faire appel à la force publique « *pour pouvoir y pénétrer, voire y pénétrer de force* »¹⁷⁰⁸. De même, la Cour de cassation estime de manière récurrente qu'un bail d'immeuble ayant date certaine peut être, au besoin, exécuté par la force publique¹⁷⁰⁹. Dès lors que l'obligation inexécutée porte sur la remise d'un bien, le recours à l'exécution forcée directe est admis. Dans les autres cas, la liberté individuelle du débiteur ou son intégrité physique seraient en cause. Partant, seules les obligations de mise à disposition paraissent susceptibles de ce type de contrainte.

¹⁷⁰⁰ P. ESMEIN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677.

¹⁷⁰¹ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁷⁰² Rapp. H. CROZE, *La loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : les règles spécifiques aux différentes mesures d'exécution forcée et mesures conservatoires*, JCP éd. N. 1992, I, p. 229 et s., spéc., p. 238, les dispositions en question ont pour objectif d'assurer « *l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire particulière qui est de transférer la détention de la chose* ».

¹⁷⁰³ Nous soulignons.

¹⁷⁰⁴ Sur la signification du terme "livrer" et sa distinction du terme "délivrer", V. *Supra* n° 101.

¹⁷⁰⁵ Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁷⁰⁶ Nous soulignons.

¹⁷⁰⁷ En ce sens, C. TIRVAUDEY-BOURDIN, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 2380, *Saisie-apprehension et saisie-revendication des biens meubles corporels*, 30 mars 2009, n°34 ; T. CAHN, *La saisie appréhension*, Gaz. Pal. 10 et 11 mars 1993, p. 41 et s.

¹⁷⁰⁸ Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, art. 1136 à 1145, *Classification des obligations*, préc., n°146.

¹⁷⁰⁹ Cass. soc. 8 juin 1956, Bull. civ. IV, n°535 ; Cass. soc. 20 juin 1963, Bull. civ. IV, n°531.

L'affirmation ne peut toutefois avoir une portée trop générale, l'exécution forcée directe n'est envisageable qu'autant que c'est la mutation de la chose qui est en cause. Lorsque l'obligation comprend, en sus, la pérennisation du rapport, bien que l'exécution forcée puisse toujours être invoquée, cette mesure est nécessairement indirecte. À ce stade de l'exécution, le transfert du bien n'est plus en cause, aussi contreviendrait-il à la liberté du débiteur de le contraindre par la force à réaliser la prestation attendue. L'obligation du *tradens* perd sa spécificité – elle concerne alors plus le débiteur que la chose – et n'est plus susceptible d'une exécution forcée directe. Ainsi par exemple, si un bailleur n'exécute pas l'obligation d'entretien, le preneur ne peut obtenir la condamnation *manu militari* de son cocontractant à exécuter les travaux. Pour autant toute exécution forcée n'est pas bannie. Le créancier peut, en effet, avoir recours aux différents procédés d'exécution forcée indirecte notamment par le biais d'une condamnation à exécuter sous astreinte. Il peut également, après une mise en demeure d'effectuer les travaux¹⁷¹⁰ demander au juge la possibilité de se substituer au bailleur et de les faire réaliser lui-même¹⁷¹¹. En conclusion, il semble possible d'affirmer que, dès lors que la remise de la chose n'est plus en cause, si l'exécution forcée reste envisageable, la contrainte directe ne l'est plus. L'intervention du débiteur étant nécessaire, l'exécution ne porte pas exclusivement sur le bien mis à disposition et n'est, par là même, pas susceptible d'une contrainte *manu militari*. L'exécution forcée directe prend donc les traits de la sanction ultime mais naturelle de l'obligation de mise à disposition portant sur la remise de la chose. Néanmoins, subsistent certaines hypothèses dans lesquelles ce principe se heurte à des considérations rendant impossible l'exécution en nature.

B. L'exception : l'hypothèse d'obligations de mise à disposition insusceptibles d'exécution forcée directe

327 - Un recours à l'exécution forcée parfois inopportun : *ad impossibilia nemo tenetur*. Il est des situations dans lesquelles l'exécution forcée,

¹⁷¹⁰ La mise en demeure est indispensable, à défaut, le bailleur ne peut avoir connaissance des travaux à réaliser. Partant, en l'absence d'une telle notification, le preneur ayant réalisé les travaux à ses frais ne saurait se voir rembourser leur montant. V. par ex. Cass. civ. 3^e, 5 mars 1997, Bull. civ. III, n°45, « à défaut de mise en demeure, adressée [à la propriétaire], de porter remède à l'état de l'installation, et de décision de justice autorisant la locataire à se substituer de ce chef à la bailleuse, celle-ci n'était pas tenue de supporter la charge du coût de l'opération ».

¹⁷¹¹ En application de l'article 1144 du Code civil.

directe ou indirecte, paraît inadaptée. Ainsi, la jurisprudence affirme classiquement que ce remède, lorsque l'obligation inexécutée porte sur la transmission d'une chose, est envisageable à la condition que l'exécution ne se heurte pas à une impossibilité matérielle ou légale¹⁷¹². Consacrée par les différents projets de recodification du droit des contrats tant internes¹⁷¹³ qu'euro-péens¹⁷¹⁴, l'impossibilité conduit donc fort logiquement à une mise à l'écart de l'exécution forcée. Deux types de considérations permettent de la caractériser. Les premières sont caractérisées par l'existence ou la création d'un droit concurrent dans le chef d'un tiers au contrat. Elles sont donc appréciées en dehors de la nature de l'obligation (1). Les secondes sont, quant à elles, appréciées directement dans le chef du *tradens* et paraissent alors intimement liées à la nature même de l'obligation (2).

1. L'impossibilité d'une exécution forcée fondée sur des considérations extérieures à la nature de l'obligation

328 - L'hypothèse d'une impossibilité matérielle ou juridique d'un recours à l'exécution forcée. Comme le note un auteur, affirmer « *que l'exécution en nature sera ordonnée sauf si elle est impossible est une règle de bon sens, un truisme* »¹⁷¹⁵. Il serait, par exemple, illogique de prononcer une mesure tendant à l'exécution forcée d'une obligation de mise à disposition d'une chose qui a disparu ou d'un produit dont la production et la commercialisation ont été arrêtées¹⁷¹⁶, puisque

¹⁷¹² V. par ex. Cass. soc. 8 juin 1956, Bull. civ. IV, n°535.

¹⁷¹³ Art. 162 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats : « *le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* » ; Art. 105 du Projet Terré : « *le créancier peut (...) exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible (...)* ».

¹⁷¹⁴ V. par ex., Principes UNIDROIT, art. 7.2.2, « *à défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque: a) l'exécution est impossible en droit ou en fait* » ; DCFR art. III, 3 :302 3) a) : « *specific performance cannot, (...), be enforced where: (a) performance would be unlawful or impossible* » ; Code européen des contrats, art. 111-1 : « *à l'égard du débiteur qui n'a pas encore exécuté l'obligation, quelle que soit l'importance de l'inexécution, le créancier a le droit d'obtenir l'exécution ou le complètement de celle-ci sous forme spécifique, si cela est objectivement possible, et, quoi qu'il en soit, sous réserve des dommages-intérêts* ».

¹⁷¹⁵ J.-B. SEUBE, *L'impossibilité d'exécuter en nature l'obligation de faire*, RDC 2009, p. 614.

¹⁷¹⁶ V. par ex. Cass. com. 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n°313, « *l'exécution en nature [n'étant] plus possible en raison de l'arrêt de la fabrication du modèle du véhicule vendu, c'est à bon droit que la cour d'appel condamne le vendeur à exécuter son obligation de délivrance en deniers en payant à son acheteur une indemnité équivalente à la valeur actuelle de la chose vendue* ».

dans cette hypothèse, c'est « *par la force des choses* »¹⁷¹⁷ que le débiteur ne peut plus exécuter son obligation en nature. En résumé, lorsque l'impossibilité est purement matérielle, l'exclusion de l'exécution forcée directe se conçoit aisément¹⁷¹⁸.

L'idée d'une impossibilité juridique est, quant à elle, une notion semble-t-il plus compliquée à appréhender. Celle-ci suppose l'existence d'un conflit entre un premier créancier de la mise à disposition qui a vu sa créance inexécutée et un tiers qui, en vertu d'un autre contrat s'est, pour sa part, vu remettre le bien. Dans cette hypothèse, le conflit entre les deux "prétendants" peut être résolu de deux façons. Tout d'abord, il est possible de faire prévaloir l'antériorité du titre. Le premier des contractants devant recevoir la chose, il pourrait en cas de conflit avec un second contractant mis en possession, exiger la remise du bien. C'est, en substance, la solution retenue par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui dispose à l'article 1155-1 relatif à l'exécution de l'obligation de donner à usage qu'« *en cas de conflit entre plusieurs personnes prétendant à l'usage de la chose, celui dont le titre est premier en date doit être préféré* »¹⁷¹⁹. Suivant cette proposition « *l'antériorité du titre prévaut sur l'antériorité de la mise en possession* »¹⁷²⁰. Ensuite, et c'est la solution retenue par le droit positif, il est possible de donner la primauté au contractant ayant, en premier, reçu la chose. Dans cette situation, si un premier contractant a pu bénéficier de la mise à disposition et détient la chose à ce titre, il ne saurait subir les effets de l'exécution forcée prononcée en faveur d'un premier créancier déçu. En résumé, la prohibition du recours à l'exécution forcée dans le cadre d'une impossibilité juridique ne se heurte pas à une incapacité matérielle de mettre le bien à disposition – physiquement le bien existe et pourrait donc être remis – mais à la création de droits concurrents, sur ce même bien, par des

¹⁷¹⁷ P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 218.

¹⁷¹⁸ L'impossibilité matérielle peut d'ailleurs être rapprochée de l'impossibilité de prononcer l'exécution en nature lorsque le coût que représenterait une telle sanction serait déraisonnable pour le créancier, (en ce sens J.-B. SEUBE, préc., p. 615). C'est la solution à laquelle est parvenu l'article 162 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats (« *le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* »).

¹⁷¹⁹ Dans l'Avant-projet, l'obligation de donner à usage se distingue en ce point, du moins en matière mobilière, de l'obligation de donner qui, quant à elle, est caractérisée dans le cadre d'un conflit similaire, par la primauté de la mise en possession. Art. 1153 : « *si la chose que l'on s'est obligé de donner à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que la possession soit de bonne foi* » ; Sur ces points, V. G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, Analyse critique*, D. 2007, p. 384 et s., spéc., n°21 ; J. HUET, *Des distinctions entre les obligations*, RDC 2006, p. 89 et s., spéc. n°8.

¹⁷²⁰ G. PIGNARRE, préc. n°21.

tiers de bonne foi¹⁷²¹ : ceux-ci « *ne doivent pas supporter les conséquences d'actes du débiteur portant préjudice aux créanciers de l'obligation, car la sécurité juridique est à ce prix* »¹⁷²². L'exemple type de cette véritable impossibilité juridique de voir l'obligation de mise à disposition exécutée en nature peut être découvert en matière de bail. Un bailleur loue une première fois son bien, puis après que le contrat a été résilié, le reloue à un tiers. La résiliation est contestée par le preneur initial qui demande l'exécution forcée de l'obligation de délivrance. Constatant l'impossibilité juridique de cette demande, les juges, bien que prononçant l'annulation de la résiliation, refusent alors le bénéfice de l'exécution et substituent à l'exécution en nature une créance de dommages et intérêts¹⁷²³. Bien que théoriquement exigible, l'exécution forcée est considérée comme impossible afin de protéger les intérêts des tiers.

329 - Les limites des limites : l'éventualité d'un retour à une possibilité d'exécution forcée. La décision tendant à l'obtention de l'exécution forcée de l'obligation de mise à disposition se heurte donc à la création de droits concurrents par des tiers. Toutefois, si l'impossibilité juridique est caractérisée, il est possible que l'exécution forcée ne soit pas totalement proscrite. Deux types d'hypothèses pourraient être de nature à remettre en cause l'impossibilité. La première s'apprécie dans le chef du débiteur. Si celui-ci a, par exemple, reloué le bien en contradiction avec le droit de son créancier originaire, c'est son action qui est directement la source de l'impossibilité. Or, en principe, « *le rôle joué par le débiteur dans la création de l'impossibilité juridique doit rester indifférent à la décision d'admettre ou de rejeter l'exécution forcée* »¹⁷²⁴. Une telle solution pourrait, selon certains¹⁷²⁵, paraître en contradiction avec une règle purement procédurale, celle suivant laquelle l'exécution

¹⁷²¹ La bonne foi s'entend ici de l'absence de connaissance par les tiers du précédent contrat.

¹⁷²² W. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD civ. 1976, p. 700 et s., n°23 ; Adde, P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1444 du Code civil*, préface, I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer, 1993, n°168.

¹⁷²³ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2008, Bull. civ. I, n°269, RDC 2009, p. 613, note J.-B. SEUBE ; AJDI 2009, note F. de La VAISSIÈRE ; Loyers et Copropriété 2009, comm. 25, obs. B. VIAL-PEDROLETTI, « *en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le logement avait été loué à un tiers, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations relatives à l'impossibilité de procéder à la délivrance ordonnée, a violé* [l'article 1142 du Code civil] » ; *Contra*, Cass. civ. 3^e, 23 mars 2005, Bull. civ. III, n°72, Revue des loyers 2005, p. 323, comm. J. RÉMY ; Procédures 2005, comm. 129, obs. R. PERROT, qui, dans une espèce similaire, refuse la conversion de l'exécution forcée en créance d'indemnité. La portée de cet arrêt est toutefois à relativiser, la décision d'appel prononçant l'exécution en équivalent est, en effet, cassée non sur le fond mais en raison d'un excès de pouvoir des juges du fond.

¹⁷²⁴ J.-B. SEUBE, préc., p. 615.

¹⁷²⁵ R. PERROT, obs. préc.

d'un jugement assortie de l'exécution provisoire est « *poursuivie aux risques du créancier* »¹⁷²⁶. Partant, dans l'hypothèse où un bailleur relouerait le bien avant même que la décision sur la résiliation du premier contrat ne soit définitivement prononcée, il serait logique qu'il assume les conséquences de la réalisation du risque¹⁷²⁷. L'exécution forcée redeviendrait possible. Séduisante en théorie, la proposition l'est moins en pratique : elle emporterait, en effet, une expulsion des seconds locataires, pourtant étrangers au premier contrat. De plus, la loi elle-même prévoit qu'en cas de réalisation du risque, celui qui a poursuivi l'exécution provisoire « *devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent* »¹⁷²⁸. Le texte semble donc réserver le cas d'une impossibilité d'exécuter en nature en prévoyant la possibilité d'une exécution par équivalent prenant la forme de dommages et intérêts. Il apparaît donc que lorsque l'impossibilité juridique est due au seul fait du débiteur qui a créé cette situation, l'exécution forcée en nature demeure impossible. Toute autre est la situation lorsque l'impossibilité est le fait du nouveau créancier.

Dans cette seconde hypothèse, l'impossibilité vient de la mauvaise foi de celui qui a été mis en possession, ce dernier ayant bénéficié de la mise à disposition alors même qu'il connaissait l'existence du premier contrat liant le *tradens* et le créancier lésé. Il semble qu'alors, l'impossibilité juridique pourrait céder face à la fraude : le créancier originaire serait ainsi substitué au second créancier dans sa qualité d'*accipiens*. Il est ainsi suggéré d'analyser la situation à lumière de la jurisprudence en matière de violation d'un pacte de préférence¹⁷²⁹. Depuis l'arrêt du 26 mai 2006 rendu par la Chambre mixte, les juges affirment que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, (...) à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »¹⁷³⁰. Dans l'avant-contrat en cause deux conditions doivent être réunies afin d'obtenir l'annulation du

¹⁷²⁶ Art. 31 al. 2 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁷²⁷ Le refus par la Cour d'appel de prononcer la résiliation du contrat.

¹⁷²⁸ Nous soulignons.

¹⁷²⁹ En ce sens, J.-B. SEUBE, préc., p. 615.

¹⁷³⁰ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. ch. mixte n°4 ; RDC 2006, p. 1080, note D. MAZEAUD ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. COLLART-DUTILLEUL, p. 1131 ; Defrénois 2006, p. 1206, obs. É. SAVAUX ; JCP éd. E 2006, p. 1585, note Ph. DELEBECQUE ; JCP 2006, I, 176, obs. F. LABARTHE ; Dr. et pat. octobre 2006, p. 93, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; LPA 2006, n°186, p. 12, comm. H. HOUBRON ; RLDC 2006, n°30, p. 5 comm. H. KENFACK ; D. 2006, p. 1861, comm. P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ; LPA 2007, n°9, p. 13, comm. A. PAULIN ; *Adde*, T. PIAZZON, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433.

contrat¹⁷³¹ passé en violation du pacte : il doit être démontré que le tiers connaissait le pacte et était au courant de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. En matière d'inexécution des obligations, la situation est légèrement différente : « *il serait en effet superflu d'exiger du locataire qu'il démontre que le tiers avait connaissance de son intention de se "prévaloir" du contrat (...) le bail ne fait naître aucune option pour le locataire. Il est créancier d'une obligation dont le destin est d'être exécutée* »¹⁷³². Dès lors, malgré la mise à disposition effectuée au profit du tiers, le premier créancier pourrait demander l'exécution forcée et lui être substitué. Une précision doit toutefois être apportée. Qu'il s'agisse de l'inexécution de l'obligation de mise à disposition ou de la violation du pacte de préférence, afin de réaliser la substitution, le contrat négligeant le droit du bénéficiaire, doit être annulé. Il est alors étonnant de remarquer que, souvent, c'est en contemplation de la mauvaise foi du tiers que les auteurs affirment que le contrat est annulé¹⁷³³. Or la mauvaise foi n'est pas, en soi, une cause d'annulation du contrat. Il semble donc plus judicieux d'estimer que la conclusion d'un contrat par le tiers, en connaissance de l'existence du contrat précédent, constitue une fraude¹⁷³⁴, qui, quant à elle, peut entraîner l'annulation, en application de l'adage *fraus omnia corrumpit*. En conclusion, le bénéficiaire privé de la mise à disposition du bien par la conclusion d'un autre contrat pourrait, malgré la situation d'impossibilité juridique, recouvrer son droit à l'exécution forcée en cas de fraude de la part du tiers. En pratique, la solution est toutefois à relativiser, la preuve de la connaissance du contrat par le tiers étant, en effet, loin d'être évidente à rapporter¹⁷³⁵. Si en la

¹⁷³¹ L'idée que c'est le contrat passé en violation du pacte qui est annulé peut toutefois être sujette à controverse. Le contrat étant la combinaison d'une offre et d'une acceptation, si le contrat est annulé en son entier, l'offre l'est également. Partant, si l'offre n'a jamais eu lieu, la substitution du bénéficiaire deviendrait impossible puisque le pacte de préférence n'emporte en aucun cas l'obligation d'adresser une offre. Il serait alors possible d'affirmer que les juges n'annulent pas le contrat mais seulement l'acceptation de l'offre par le tiers acquéreur. L'offre n'étant pas touchée, le bénéficiaire du pacte aurait toute latitude pour l'accepter et former un nouveau contrat, V. en ce sens, J.-J. BARBIÉRI, *Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ?*, Revue des sociétés 2006, p. 808, spéc. n°8.

¹⁷³² J.-B. SEUBE, préc., p. 616.

¹⁷³³ V. par ex. L. LEVENEUR, *La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi*, JCP 2006, II, 10142, « *c'est la condition de mauvaise foi, caractérisée par cette double connaissance, qui valait classiquement pour l'annulation du contrat passé avec le tiers (...) et qui se trouve donc applicable aussi à la substitution* » ; Y. DAGGORNÉ-LABBÉ, *La notion de mauvaise foi dans le pacte de préférence*, JCP 1999, II 10191.

¹⁷³⁴ Telle est d'ailleurs la position de la jurisprudence en matière de violation d'un pacte de préférence, V. Cass. civ. 3^e, 26 octobre 1982, Bull. civ. III, n°208.

¹⁷³⁵ V. en ce sens en matière de pacte de préférence, P.-Y. GAUTIER, *Exécution forcée du pacte de préférence : un peu de victoire à la Pyrrhus, beaucoup de probatio diabolica*, D. 2006, p. 1861 ; D. MAINGUY, *Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence*, D. 2007, p. 1698.

matière, l'impossibilité juridique semble pouvoir être contournée et permettre un retour à l'exécution forcée, la solution est différente lorsque l'impossibilité est légale.

2. L'impossibilité d'une exécution forcée fondée sur la nature même de l'obligation

330 - Une impossibilité hors de l'article 1142 du Code civil, liée au droit moral de l'auteur. Il est communément admis que lorsque « *la satisfaction en nature pourrait à la rigueur être procurée au créancier, mais au prix de voies de fait qui feraient scandale* »¹⁷³⁶, l'exécution forcée se heurte à une impossibilité classiquement qualifiée de "morale". L'hypothèse dans laquelle l'exécution forcée en nature peut entraîner une contrainte intolérable sur le débiteur semble plutôt trouver son champ d'application en matière d'obligation de faire¹⁷³⁷, l'exemple classique étant l'impossibilité de forcer un peintre à réaliser le tableau commandé. Cela se comprend parfaitement, le droit positif interdit la contrainte exercée sur la personne, seule la contrainte exercée sur les biens est admise. Néanmoins, il n'est pas impossible que dans certaines hypothèses, certes relativement marginales, elle puisse avoir vocation à s'appliquer en cas d'inexécution à une obligation de mise à disposition. Ainsi, pour reprendre l'exemple du peintre, s'il n'est guère possible de le condamner à peindre le tableau, il n'est pas non plus envisageable, une fois l'œuvre réalisée, de le forcer à la délivrer et donc à la mettre à la disposition¹⁷³⁸ du créancier en raison de son droit moral le rendant seul maître de la divulgation de son œuvre. Partant, en refusant de délivrer l'œuvre créée, « *il ne fait qu'exercer son droit de non-divulgation* »¹⁷³⁹, aujourd'hui reconnu par l'article L 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre (...) il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».

331 - L'impossibilité issue de l'interférence d'un droit fondamental. Au-delà de l'hypothèse d'école de la présence d'un droit moral de l'auteur, il semble possible de dégager certains cas dans lesquels l'impossibilité morale devrait s'imposer

¹⁷³⁶ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 4^e éd., Dalloz, 1924, p. 19.

¹⁷³⁷ V. *Supra*, n° 257.

¹⁷³⁸ Tel était d'ailleurs le cas dans la fameuse affaire Whistler, Cass. civ., 4 mars 1900, DP 1900, 1, p. 497.

¹⁷³⁹ A. LEBOIS, *Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel*, JCP 2008, 2008, I, 210, n°11.

sans avoir recours à l'article 1142 du Code civil, par définition inapplicable aux obligations de mise à disposition, bien que la situation soit en réalité relativement proche. Cet article protège la personne du débiteur et interdit la contrainte si sa liberté est en jeu ; or ce raisonnement paraît exportable vers les obligations de mise à disposition : la liberté du débiteur, ou plus particulièrement un droit fondamental de celui-ci peut, en effet, être de nature à contrarier le mécanisme de l'exécution forcée en nature. L'idée suivant laquelle l'exécution forcée de l'obligation de mise à disposition pourrait se heurter à un droit fondamental du débiteur est suggérée par un auteur qui estime que cette contrainte devrait, par exemple être refusée « *dans le cas où le débiteur s'est engagé à donner en location un bien dont il se sert et qui lui est indispensable, par exemple le logement dont il est propriétaire et qu'il occupe* »¹⁷⁴⁰.

Au premier abord, la proposition peut surprendre. Le droit au logement est, en effet, considéré comme un droit fondamental du locataire¹⁷⁴¹ et non du bailleur. Or dans cette hypothèse c'est bien le bailleur qui pourrait invoquer ce droit. Toutefois, priver ce dernier de l'usage de son bien par le recours à l'exécution forcée, alors même qu'il constituerait son logement principal, pourrait être analysé comme l'exercice d'une contrainte intolérable. Le champ d'application d'une telle exception doit néanmoins être particulièrement restreint, le recours à l'exécution forcée devant rester la norme en matière d'obligation portant sur les choses. Il ne serait, par exemple, pas concevable qu'une personne s'étant contractuellement engagée à mettre sa voiture à la disposition de son contractant puisse, en cas d'inexécution, se dérober du jeu de l'exécution forcée en invoquant le respect de sa propriété. Pour conclure, il est intéressant de remarquer que, dans ces hypothèses d'impossibilité, la morale n'est pas véritablement en cause. L'éventualité d'une contrainte serait certainement intolérable, mais ce caractère provient d'une situation purement juridique : la présence d'un droit – le droit moral de l'auteur sur son œuvre ou un droit fondamental comme le droit au logement – concurrent de celui du créancier. Partant, l'impossibilité paraît plus légale que morale. Celle-ci se distingue toutefois de l'impossibilité juridique "classique"¹⁷⁴² qui n'est constituée que lorsqu'un tiers peut se prévaloir d'un droit concurrent ; l'impossibilité légale s'appréciant, quant à elle, dans le chef du débiteur.

¹⁷⁴⁰ J. HUET, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, in, *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 439.

¹⁷⁴¹ V. par ex. la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, art. 1^{er}, « *le droit au logement est un droit fondamental (...)* » ; *Adde* sur le caractère fondamental de ce droit, C. ALBIGÈS, *Le droit au logement*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 2007, 13^e éd., n°1020 et s.

¹⁷⁴² V. *Supra*, n° 328 et s.

332 - Synthèse. L'obligation de mise à disposition est par nature susceptible d'une exécution forcée directe. Cette solution de principe se conçoit aisément : le droit positif n'autorise le recours à l'exécution forcée directe que lorsque celle-ci peut s'exercer sur les biens. Dès lors, puisque l'obligation de mise à disposition porte nécessairement sur la transmission des biens, elle peut faire l'objet d'une telle mesure. Toutefois, affirmée de la sorte, la proposition est erronée. Seules sont, en effet, susceptibles de faire l'objet d'une contrainte directe, les obligations de mise à disposition limitées à la remise de la chose. Ce cadre posé, le principe souffre encore quelques exceptions liées à une éventuelle impossibilité d'exécution, que celle-ci soit matérielle ou juridique. Dotée d'une sanction lui étant propre, l'obligation de mise à disposition gagne encore en autonomie. Pour autant, le fait qu'un remède lui soit spécifiquement dévolu ne signifie pas que l'obligation de *praestare* ne puisse faire l'objet de remèdes plus généraux, également applicables à l'obligation de faire.

§ 2. Des conséquences communes à l'ensemble des obligations

333 - Détermination du champ d'analyse. Outre l'exécution forcée, le droit positif consacre deux autres remèdes face à l'inexécution du débiteur : l'exception d'inexécution et la résolution. Conséquences de l'interdépendance des obligations, ces remèdes ne concernent en principe que les contrats synallagmatiques¹⁷⁴³ à l'exclusion des contrats unilatéraux. Au-delà de leur similarité quant à leur sphère d'application limitée, tout semble opposer ces institutions. La première est temporaire et n'a guère besoin du recours au juge pour produire ses effets ; la seconde est purement judiciaire et rompt définitivement la relation contractuelle. Pour autant, il est possible de découvrir une certaine similitude historique entre elles. Il apparaît, en effet, que dans l'ancien droit romain, le créancier ne pouvait qu'exiger l'exécution du contrat mais non sa résolution. Partant, si malgré les sanctions prononcées envers le débiteur récalcitrant l'obligation n'était toujours pas exécutée, le contrat demeurait. Une exception – *l'exceptio doli* ou *exceptio in factum* – était alors offerte au créancier

¹⁷⁴³ V. toutefois, proposant l'application de ces remèdes aux contrats unilatéraux, F.-L. SIMON, *La spécificité du contrat unilatéral*, RTD civ. 2006, p. 209 et s., spéc. n°22.

insatisfait afin de repousser l'action de l'autre partie¹⁷⁴⁴. Cette exception, palliatif de l'absence de résolution pour inexécution et annonciatrice de l'exception d'inexécution, semble donc être l'ancêtre commun des remèdes aujourd'hui largement admis. Classiquement analysées de façon globale et non en fonction des obligations inexécutées, l'exception d'inexécution (1) et la résolution pour inexécution (2) présentent toutefois de nombreuses zones d'ombres. Partant, une présentation de ces notions à l'aune de la division bipartite des obligations entre *praestare* et *facere* peut se révéler utile.

A. L'exception d'inexécution et l'obligation de mise à disposition

334 - Le champ d'application fluctuant de l'exception d'inexécution en fonction de l'étendue de la mise à disposition. Consécration juridique d'un réflexe purement humain consistant à refuser de faire quelque chose tant qu'il n'est pas acquis que l'autre réalise ce qui est attendu de lui, l'exception est définie comme le « *refus d'exécuter son obligation opposé, comme moyen de défense au fond, par l'une des parties d'un contrat synallagmatique, à son contractant, aussi longtemps que celui-ci n'offre pas d'exécuter la sienne* »¹⁷⁴⁵. Aussi paraît-il tout à fait légitime, que lorsque le débiteur d'une obligation de *praestare* issue d'un contrat synallagmatique n'exécute pas sa prestation, le créancier de la mise à disposition puisse invoquer l'exception en question. Son admission ne semble, en effet, pas poser de problème lorsque le débiteur de la remise retient son bien et refuse de le délivrer (1). Néanmoins, la situation se complique lorsque, une fois la remise effectuée, c'est l'inexécution d'une obligation satellite, composante de la mise à disposition parfaite, qui fonde l'exception (2).

¹⁷⁴⁴ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n°1310, n. 1. L'auteur note que la résolution n'est apparue que plus tard sous la forme d'un pacte – la *lex commissoria* – devenu, de style, par lequel « *le vendeur et l'acheteur convenaient que la vente serait tenue pour non avenue si le prix n'était pas payé dans le délai fixé* ».

¹⁷⁴⁵ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V° *Exception d'inexécution*.

1. Un remède certain face à l'inexécution de la mise à disposition limitée à la remise

335 - Le refus de mettre à disposition, exception d'inexécution ou droit de rétention ? Si l'absence de l'obligation de mise à disposition limitée à la seule remise de la chose constitue en principe une inexécution fautive du *tradens*, elle peut dans certains cas être parfaitement justifiée, ce dernier refusant de mettre le bien à la disposition du créancier en raison de l'inexécution de sa propre obligation, par exemple celle de payer le prix de la chose ou de rembourser les dépenses engendrées par la garde de celle-ci. La qualification de cette faculté, notamment lorsqu'elle est invoquée par le débiteur de l'obligation de restitution à l'occasion d'un contrat unilatéral devenu synallagmatique imparfait, n'est alors pas sans susciter certaines hésitations sur le point de savoir s'il s'agit de l'exercice d'un droit de rétention¹⁷⁴⁶ ou de l'exception d'inexécution¹⁷⁴⁷. Si la jurisprudence a, un temps, semblé confondre les deux notions¹⁷⁴⁸, différents critères de distinction ont été développés par la doctrine¹⁷⁴⁹. La plus marquante de ces propositions réduit à outrance le domaine de l'exception d'inexécution au profit du droit de rétention¹⁷⁵⁰. En résumé, les tenants de cette thèse considèrent que l'exception *non adimpleti contractus* ne peut être invoquée que lorsque les obligations sont unies par un lien de causalité : celle-ci

¹⁷⁴⁶ Le droit de rétention se définit comme le « *droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé* » (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° *rétention*). Cette définition ne semble toutefois pas prendre en compte la diversité des situations donnant lieu à l'octroi d'un droit de rétention. Afin de rendre compte plus précisément de la réalité juridique il convient donc de substituer le terme *remettre* à celui de *restituer*. Ainsi, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL (*Droit des sûretés*, Litec, 8e éd., 2007, n°589) définissent le droit de rétention plus largement et estiment qu'il s'agit de « *la faculté accordée à un créancier qui détient la chose de son débiteur d'en refuser la délivrance jusqu'à complet paiement* ».

¹⁷⁴⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°636, « *On enseigne généralement que le vendeur non payé qui refuse pour cette raison de livrer la chose use non d'un droit de rétention mais de l'exception d'inexécution. À l'inverse, on tend à faire état du droit de rétention lorsque le détenteur de la chose d'autrui a engagé des dépenses pour assurer la conservation ou l'amélioration de cette chose et refuse de s'en dessaisir aussi longtemps qu'il n'est pas payé, ou encore lorsque la chose a provoqué un dommage dont il demande réparation* ».

¹⁷⁴⁸ V. par ex. Cass. civ. 5 décembre 1934, S. 1934, 1, 46.

¹⁷⁴⁹ Pour un exposé des différentes propositions, V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n°369 et.

¹⁷⁵⁰ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3e éd. 1927, p. 279 et s. ; N. CATALA-FRANJOU, *De la nature juridique du droit de rétention*, RTD civ. 1967, n°12 et s. ; R. RODIÈRE, note sous Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 1962, D. 1965, p. 59 ; Sur les critiques adressées à cette théorie, V. A. AYNÈS, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, préface C. LARROUMET, Economica, 2005, n°210 et s. .

trouverait son fondement dans l'inexécution de son obligation par une partie privant de cause l'obligation de son cocontractant¹⁷⁵¹. Partant, seuls les contrats synallagmatiques parfaits seraient le siège de l'exception ; *a contrario*, les contrats synallagmatiques imparfaits seraient susceptibles d'accorder un droit de rétention puisque la dette de remboursement ne constitue pas la cause de l'obligation de restitution¹⁷⁵².

Une telle conception a le mérite de la clarté mais ne suscite pas l'adhésion de l'ensemble de la doctrine, nombre d'auteurs estimant que l'exception peut être invoquée en présence d'un contrat synallagmatique imparfait¹⁷⁵³. Il semble, en effet, que l'admission de la théorie restrictive de l'exception d'inexécution se fonde sur une conception particulière de la cause qui n'interviendrait pas que comme une condition de formation du contrat mais également comme une condition de validité tout au long de celui-ci. Or comme le notent certains auteurs, cette conception n'est pas techniquement satisfaisante : « *s'il y avait vraiment absence de cause, c'est la nullité du contrat qui devrait s'ensuivre : or, ici, il s'agit de la faculté de refuser d'exécuter (...)* »¹⁷⁵⁴. Les propositions alternatives se dégageant de la notion de cause n'apparaissant guère plus convaincantes¹⁷⁵⁵, l'établissement d'une frontière claire entre droit de rétention et exception d'inexécution paraît compromis voire impossible.

¹⁷⁵¹ Une telle conception semble avoir parfois guidé la jurisprudence, V. par ex. Cass. civ. 5 mai 1920, DP 1926, 1, 36, « *dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une n'est pas exécutée, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause* ».

¹⁷⁵² H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 279, « *le mandataire, le dépositaire, le gagiste, le commodataire ne sont déterminés à contracter par la pensée que les dépenses éventuelles qu'ils seront contraints de faire devront leur être remboursées. Ce n'est évidemment pas en vue de cette éventualité qu'ils s'engagent. Elle ne constitue pas la cause de leur obligation, le but qu'ils poursuivent en contractant. Ce n'est là qu'un effet secondaire, accessoire du contrat. Par conséquent, le principe de l'exécution simultanée ne trouve plus ici de place ; le seul droit que l'intéressé puisse invoquer est le droit de rétention proprement dit* » ; V. toutefois C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, Economica, 5^e éd., 2003, n°699, « *les obligations éventuelles qui transforment un contrat unilatéral en contrat synallagmatique ont été intégrées à l'accord des volontés dès l'origine et ont, par conséquent, été prévues par les parties, ce dont il résulte qu'elles sont dans un ensemble contractuel dans lequel toutes les obligations, tant actuelles qu'éventuelles, se servent mutuellement de cause* ».

¹⁷⁵³ V. par ex. H., L. et J. MAZEAUD, par F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1127 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, T. 2, *Contrat*, Litec, 5^e éd., 1995, n°1713 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°635.

¹⁷⁵⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n°241.

¹⁷⁵⁵ V. par ex. J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1971, n°43, qui tend, pour sa part, à réduire considérablement le champ d'application du droit de rétention pour ne l'appliquer que dans l'hypothèse où « *une chose possédée et améliorée au cours de cette possession peut être retenue jusqu'au remboursement intégral de la créance* » ; Pour une critique des différentes propositions, V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n°372 et s.

Aussi, a-t-il été proposé de mettre en avant les similitudes de ces deux notions¹⁷⁵⁶ et de voir dans le droit de rétention une application spéciale de l'exception d'inexécution lorsque celle-ci a trait au refus de remettre une chose : « *dans les contrats synallagmatiques il existe un rapport nécessaire entre les obligations des deux contractants. Chacun d'eux peut refuser d'exécuter la sienne si l'autre n'exécute pas ; il a une exception non adimpleti contractus, qu'il peut opposer à l'action en exécution. Si l'une des parties doit livrer un objet en échange d'un prix qui lui sera payé par l'autre, l'exception d'inexécution consistera à retenir la chose. Le droit de rétention se confond alors avec l'exception d'inexécution* »¹⁷⁵⁷. La situation paraît alors limpide : lorsque la remise de la chose est en cause, l'exception d'inexécution s'exerce par l'intermédiaire du droit de rétention. La spécificité de l'obligation de mise à disposition, limitée à la seule remise, est ici encore frappante : puisqu'elle porte sur le transfert d'un bien, elle s'exerce nécessairement par le biais de celui-ci et prend la forme d'un droit de rétention¹⁷⁵⁸.

336 - L'exception d'inexécution invoquée en raison du défaut de mise à disposition par le *tradens*. Manifestement inconnue du droit romain¹⁷⁵⁹, l'exception d'inexécution semble toutefois y puiser indirectement ses origines notamment par le

¹⁷⁵⁶ A. AYNÈS, *op. cit.*, n°219, « à l'identité de procédé – suspension provisoire de l'exécution de sa propre obligation par la partie victime – s'ajoute une identité de fondement : l'existence d'une connexité juridique qui crée entre les obligations une interdépendance ».

¹⁷⁵⁷ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, T. III, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1958, n°40 ; Adde, A. AYNÈS, *op. cit.*, n°220, qui démontre que dans trois des quatre textes du Code civil consacrant l'exception d'inexécution – les articles 1612, 1704 et 1948 – « l'exception d'inexécution met la partie qui s'en prévaut en mesure de conserver en son pouvoir la chose, de sorte qu'elle la retient. On peut aussi bien dire qu'elle exerce un droit de rétention ou qu'elle invoque l'exception d'inexécution puisque dans ces cas, comme dans tous ceux où la rétention est fondée sur la connexité juridique, il ne s'agit que d'un seul et même mécanisme ».

¹⁷⁵⁸ En ce sens, l'analyse rejoint indirectement celle proposée par certains auteurs qui proposent d'analyser la rétention non comme un droit subjectif mais comme une modalité affectant l'obligation de restituer (M. DAGOT, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 76) ou plus largement, l'obligation de délivrance (N. CATALA-FRANJOU, *De la nature juridique du droit de rétention*, RTD civ. 1967 p. 9 et s., spéc. n°17 et s.; Adde M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n°591 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les Sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n°44 et s. ; A. AYNÈS, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, préface de Ch. LARROUMET, Economica, 2005, n°296 et s.). La rétention produit, dès lors, « un effet de garantie en permettant au créancier de suspendre temporairement l'exécution de son obligation » (A. AYNÈS, *op. cit.*, n°295). Cette prérogative ne crée pas un droit nouveau sur la chose dans le patrimoine du rétenteur, mais s'analyse comme une simple modalité contractuelle. Sa situation juridique quant au bien n'est pas modifiée, il n'est toujours que détenteur et « dispose du seul droit de reporter l'exécution de l'obligation de délivrance » (A. AYNÈS, *op. cit.*, n°299).

¹⁷⁵⁹ R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, Librairie du recueil Dalloz Sirey, 1914, p. 1 ; V. toutefois P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 567, qui semble admettre le principe de l'exception *non adimpleti contractus*, dans les contrats consensuels synallagmatiques de bonne foi.

biais de l'action *l'exceptio mercis non traditae*¹⁷⁶⁰. Celle-ci permettait à l'acheteur à qui la chose n'avait pas été remise de suspendre le paiement du prix et, corrélativement, au vendeur impayé de ne pas délivrer tant que le prix n'avait pas été payé. Si à l'époque il s'agissait avant tout d'une exception procédurale, l'exception d'inexécution peut aujourd'hui être considérée comme un véritable remède contre l'inexécution d'une obligation. Lorsque cette obligation inexécutée porte sur la transmission d'une chose à titre onéreux, le principe de l'admission de l'exception d'inexécution ne pose pas de problème¹⁷⁶¹. Il est ainsi communément admis qu'un acheteur n'ayant pas encore payé la totalité du prix peut opposer cette exception au vendeur qui n'a pas exécuté la délivrance¹⁷⁶², sans même avoir à respecter la formalité de la mise en demeure¹⁷⁶³. Néanmoins, l'exception d'inexécution ne peut être invoquée à l'encontre du débiteur de la mise à disposition qu'à la condition qu'elle n'apparaisse pas disproportionnée. L'inexécution doit, en effet, présenter une certaine gravité : « *moyen de pression, l'exception d'inexécution ne doit pas devenir un moyen de chantage* »¹⁷⁶⁴. En matière d'obligation de mise à disposition limitée à la remise de la chose, le critère de gravité¹⁷⁶⁵ ne pose que peu de problèmes, puisqu'il est admis que l'absence totale d'exécution ou l'inexécution partielle autorise le créancier à se prévaloir de l'exception *non adimpleti contractus*¹⁷⁶⁶. Partant, si le débiteur ne réalise pas la mise à disposition, ou qu'il ne l'exécute que partiellement, par exemple en ne délivrant pas les accessoires de la chose ou en ne procédant pas à certaines formalités administratives¹⁷⁶⁷, ce dernier peut logiquement être autorisé à invoquer l'exception.

La reconnaissance d'une faculté d'invoquer l'exception d'inexécution à chacun des contractants – *tradens* et *accipiens* – peut toutefois être la source d'un blocage : il est, en effet, possible d'imaginer qu'un vendeur refuse de délivrer, en invoquant le fait

¹⁷⁶⁰ Gaius, *Inst.*, IV, 126 a).

¹⁷⁶¹ V. C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 321, 1999, n°421 et s., qui voit dans l'exception d'inexécution « *la sanction idéale du retard dans l'exécution de la délivrance* ».

¹⁷⁶² V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1962, Bull. civ. I, n°161.

¹⁷⁶³ Cass. com. 27 janvier 1970, inédit, pourvoi n° 67-13764, JCP 1970, II, 16554, note A. HUET ; RTD civ. 1971, p. 136, obs. Y. LOUSSOUARN ; l'absence de nécessité d'une mise en demeure semble pouvoir s'expliquer par le fait que contrairement à la résolution ou la résiliation du contrat, l'exception d'inexécution est un remède purement temporaire.

¹⁷⁶⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit., n°638.

¹⁷⁶⁵ Qui est laissée à l'appréciation des juges du fond, V. par ex. Cass. com. 10 juillet 1989, inédit, pourvoi n°87-20120.

¹⁷⁶⁶ V. par ex. H., L., et J. MAZEAUD, *Obligations*, par F. CHABAS, op. cit. n°1129 ; J. GHESTIN, C. JAMIN, et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n°380. C'est, semble-t-il, lorsque l'obligation ne se limite pas à la seule remise de la chose que le critère de gravité peut susciter le débat, V. *Infra*, n° 337 et s.

¹⁷⁶⁷ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 1963, Bull. civ. I, n°452 ; D. 1964, p. 33, note P. VOIRIN ; JCP 1964, II, 13485, note J. MAZEAUD ; *Adde*, C. MALECKI, op. cit., n°423.

que l'acheteur n'a pas offert de payer le prix, mais que dans le même temps, ce dernier refuse de payer, reprochant pour sa part au premier l'absence de délivrance. Le Code n'apporte qu'une réponse parcellaire à la question en affirmant à l'article 1612 que « *le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement* » et à l'article 1651 que « *s'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance* ». Partant, c'est la jurisprudence qui, tranchant la question de la chronologie des prestations, a pu affirmer que seule l'exécution complète de la mise à disposition par le vendeur emporte l'exigibilité du prix de vente¹⁷⁶⁸. Il ressort d'une telle solution que dans l'hypothèse où les contractants s'opposent mutuellement l'exception d'inexécution, c'est le créancier de la mise à disposition du bien qui l'emporte. Envisagée comme un remède contre l'inexécution de la mise à disposition limitée à la seule remise de la chose, l'exception d'inexécution ne suscite que peu de controverses, et semble avoir vocation à être invoquée largement. Tout autre est la situation lorsque l'obligation de mise à disposition se prolonge tout au long du contrat.

2. Un remède incertain à l'inexécution de la mise à disposition prolongée

337 - Une faculté particulièrement encadrée. Lorsque l'obligation de mise à disposition comprend, outre la remise de la chose, la pérennisation du rapport, la faculté d'invoquer l'exception d'inexécution est limitée. L'appréciation de la gravité du manquement joue alors un rôle fondamental. Ainsi, en matière de bail, le preneur peut légitimement refuser de payer le loyer si le bailleur ne délivre pas la chose, mais la situation se complique lorsque les différentes obligations satellites de la mise à disposition sont en cause. Les juges affirment en effet traditionnellement que le seul défaut d'entretien par le bailleur ne justifie pas la suspension du paiement des loyers par le preneur¹⁷⁶⁹. Aussi, un temps, la jurisprudence retenait-elle que l'exception ne pouvait être invoquée par le preneur que si le défaut d'entretien entraînait une privation totale de la jouissance de la chose, notamment lorsque celle-ci devenait

¹⁷⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996, Bull. civ. I, n°411, CCC. 1997, n°45, p. 8, obs. L. LEVENEUR ; JCP 1997, II, 22862, obs. J. HUET ; V. déjà, Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, inédit, pourvoi n° 90-14903.

¹⁷⁶⁹ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 6 juillet 1982, Bull. civ. III, n° 168 ; 30 mars 1981 ; Cass. civ. 3^e, 20 février 1991, inédit, pourvoi n° 89-18372 ; Cass. com., 30 janvier 1979, Bull. civ. IV, n° 41.

impossible¹⁷⁷⁰. La solution a toutefois évolué vers une plus grande flexibilité dans l'admission du recours à l'exception en faveur du preneur. Depuis un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 15 décembre 1993¹⁷⁷¹, l'impossibilité de jouissance ne doit plus être totale, la constatation d'un manquement du bailleur à ses obligations pouvant suffire à autoriser le preneur à invoquer l'exception si celui-ci présente un degré de gravité suffisant.

La gravité est cependant appréciée avec particulièrement de rigueur par les juges du fond. Ainsi par exemple, si la privation de l'approvisionnement en eau potable d'un immeuble loué à usage d'habitation constitue nécessairement une gêne pour le preneur, elle ne présente pas pour autant le critère de gravité suffisant pour justifier le non paiement des loyers¹⁷⁷². L'encadrement s'explique de différentes façons. La première se traduit par la crainte d'un recours abusif du locataire contre son cocontractant, *« ce moyen de droit sent par trop la justice privée, exercée de manière unilatérale, pour qu'on le laisse exploité dans des hypothèses comme le bail, ou ses conséquences risquent d'être, manifestement choquantes. L'abus de droit est à craindre »*¹⁷⁷³. La seconde a parfois été invoquée directement par la Cour de cassation : il n'y aurait pas de compensation possible entre une créance incertaine de travaux et une dette certaine de loyer¹⁷⁷⁴. Le recours à la compensation n'est toutefois pas particulièrement convaincant. Comme le note un auteur, la prétention du preneur n'est pas d'être libéré de sa dette de loyer mais plutôt de suspendre le paiement jusqu'à l'exécution de son obligation par le bailleur, or *« pourquoi les conditions de ce mode particulier d'extinction des dettes qu'est la compensation légale devraient-elles (...) être étendues à un procédé d'exécution forcée des créances »*¹⁷⁷⁵? En résumé les juges doivent donc apprécier, afin d'autoriser le preneur à se prévaloir de l'exception d'inexécution, si le défaut d'entretien porte atteinte à l'obligation essentielle d'assurer

¹⁷⁷⁰ V. par ex. Cass. soc., 10 avril 1959, Dalloz 1960, p. 61.

¹⁷⁷¹ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, Bull. civ. III, n°168, D. 1994, p. 462, comm. M. STORCK, RD. imm. 1995, p. 600, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ.

¹⁷⁷² CA Aix en Provence, 24 février 2004, jurisdata n° 2004-254186, Loyers et Copropriété février 2005, comm. 26, obs. B. VIAL-PEDROLETTI.

¹⁷⁷³ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°21179.

¹⁷⁷⁴ Cass. soc., 7 juillet 1955, D. 1957, p. 1, n. R. SAVATIER ; RTD civ. 1957, p. 143, obs. J. CARBONNIER, *« en aucun cas les preneurs à bail rural ne peuvent, pour refuser le paiement des fermages échus, qui constituent une créance certaine, liquide, exigible, opposer au bailleur l'inexécution par lui de travaux qui représentent une créance certaine »* ; CA Paris, 12 décembre 1996, jurisdata n°1996-023713 ; Loyers et cop. 1997, comm. 64

¹⁷⁷⁵ Ph. RÉMY, obs. sous Cass. civ. 3^e, 21 décembre 1987, RTD civ. 1988, p. 372, l'auteur prolonge le raisonnement en affirmant que *« s'il fallait chercher une analogie entre la compensation et l'exception d'inexécution ce serait (...) du côté de la compensation judiciaire, et non de la compensation légale : or la liquidité n'est pas une condition de la compensation judiciaire et le juge pourrait toujours liquider la créance du preneur »*.

la jouissance paisible¹⁷⁷⁶. Aussi, l'inexécution d'une obligation accessoire ne saurait-elle remplir le critère de gravité nécessaire, puisqu'elle ne compromet pas « *effectivement l'équilibre du contrat et sa raison d'être* »¹⁷⁷⁷. Au final, le recours à la notion d'obligation essentielle tend à limiter à outrance la possibilité d'invoquer l'exception, celle-ci n'étant justifiée qu'autant que le preneur se trouve dans l'impossibilité d'utiliser la chose¹⁷⁷⁸. Une telle position jurisprudentielle ne séduit néanmoins pas du fait qu'« *à la crainte de voir les locataires opposer l'exception quasi automatiquement, les juges [leur] opposent un obstacle insurmontable et contraire à son esprit* »¹⁷⁷⁹.

338 - Tentative d'élargissement de la faculté de recours à l'exception en contemplation du contenu de l'obligation de mise à disposition. La tendance jurisprudentielle restreignant, en contemplation de la notion d'obligation essentielle, la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution à l'impossibilité totale d'user de la chose, semble en réalité adopter une conception bien particulière du contrat et de l'obligation du bailleur. Tout d'abord, elle tend à limiter à outrance la portion essentielle de l'obligation de mise à disposition : ne serait véritablement essentielle dans le bail que la remise de la chose qui permet au preneur d'en user. Or, et c'est toute la spécificité du bail, le preneur ne reçoit pas seulement la chose pour l'avoir entre ses mains, mais plutôt pour pouvoir en jouir paisiblement et utilement ; « *s'agissant du bail, la contrepartie du loyer réside, non pas dans telle obligation particulière du bailleur, mais dans la conjonction des diverses obligations déclinées à partir de l'article 1719 du Code civil. Ces différentes obligations, prises ensemble, visent à atteindre un but qui constitue l'intérêt du contrat pour le locataire : la possibilité de profiter de l'usage pour lequel le bien a été loué* »¹⁷⁸⁰. Partant, la référence à l'obligation essentielle ne semble guère efficace en la matière puisque dans le bail c'est non seulement la remise, mais également l'ensemble de l'obligation

¹⁷⁷⁶ *Ibid.* ; Adde, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n°244 ; Rapp. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n°1322 ; Adde, N. CUZACQ, *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution*, LPA 7 mai 2003, n°91, p. 4 et s., spéc., n°17 ; pour la qualification de l'obligation d'assurer la jouissance paisible en obligation essentielle, V. *Supra*, n° 317.

¹⁷⁷⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, op. cit. n°244.

¹⁷⁷⁸ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 20 février 1991, inédit, pourvoi n°89-18372, « *en statuant ainsi, sans constater que le preneur était dans l'impossibilité d'utiliser les lieux loués, ni caractériser la reconnaissance, par la bailleuse, d'une inexécution de ses obligations, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁷⁷⁹ C. MALECKI, op. cit., n°462.

¹⁷⁸⁰ F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ, obs. préc.

de mise à disposition qui forme l'essentiel¹⁷⁸¹. Ceci admis, poursuivre l'analyse en termes d'obligation essentielle conduirait au résultat inverse de celui souhaité. Pensée pour justifier la restriction des cas où l'exception d'inexécution est invocable, elle aurait pour effet d'en étendre excessivement le champ d'application ; en effet, si l'obligation de faire jouir paisiblement le preneur est essentielle, toute inexécution de celle-ci justifierait le recours à l'exception.

L'appréciation de la gravité doit donc être réalisée en dehors de toute référence à l'obligation essentielle. Ne pouvant être découverte que dans l'étude des faits, rien ne semble alors s'opposer à une admission plus large de cette gravité. Différents arguments permettent d'ailleurs de justifier une telle extension. Tout d'abord, l'exception d'inexécution est un remède temporaire dont l'objet est exclusivement de faire pression sur le créancier afin d'obtenir l'exécution et non de se dégager définitivement de ses obligations. De plus, depuis un arrêt rendu le 18 juillet 1995¹⁷⁸², la jurisprudence recherche la proportionnalité entre l'inexécution et l'exception¹⁷⁸³. Appliquée en matière de bail, ce critère pourrait être de nature à élargir le champ d'application de l'*exceptio non adimpleti contractus* : il n'est, en effet, pas nécessaire que l'atteinte à la jouissance soit totale pour que le refus de payer le loyer paraisse proportionné. Les solutions actuelles étant particulièrement défavorables au locataire, peuvent parfois paraître injustes ou peu équitables¹⁷⁸⁴ et militent pour une plus large admission de l'exception d'inexécution en la matière. Dans la recherche de la proportionnalité pour apprécier la gravité du manquement, les juges pourraient avoir recours aux guides fournis par les différentes propositions de Code européen des contrats qui font notamment appel à la bonne foi de l'*excipiens*¹⁷⁸⁵. Cette dernière est

¹⁷⁸¹ Sur ce point, V. *Supra* n° 317.

¹⁷⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, Bull. civ. I, n°322, RTD civ. 1996, p. 395, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁸³ Sur ce point, V. N. CUZACQ, *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution*, LPA 07 mai 2003, n° 91, p. 4, spéc., n°18 et s. Il peut également être noté que les Propositions de réforme de droit des contrats insèrent ce critère de proportionnalité à l'article 103 « *si, dans un contrat synallagmatique, une partie n'exécute pas son obligation, l'autre peut refuser, totalement ou partiellement, d'exécuter la sienne, à condition que ce refus ne soit pas disproportionné au regard du manquement* », in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. TERRÉ, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

¹⁷⁸⁴ Ainsi dans une espèce, une inondation causée par des infiltrations avait recouvert 18% de la surface d'un local de 58 mètres carrés, le locataire avait refusé de payer les loyers afin de faire pression sur le propriétaire pour que ce dernier réalise les travaux. La Cour d'appel de Versailles estime néanmoins que l'impossibilité d'utiliser les locaux n'étant pas totale, l'exception d'inexécution n'était en aucun cas justifiée, CA Versailles, 18 juin 1999, RD imm. 2000, p. 611, obs. F. COLLART-DUTILLEUL.

¹⁷⁸⁵ C'est le cas du Code GANDOLFI ou Code européen des contrats qui traite de l'exception d'inexécution (« *droit du créancier de suspendre l'exécution dans les contrats synallagmatiques* ») à l'article 108 1° « *Dans les contrats synallagmatiques, si l'une des parties n'exécute pas ou n'offre pas d'exécuter son obligation, quelle que soit la gravité de l'inexécution, le créancier a la faculté de suspendre la prestation par lui due simultanément ou successivement, à moins qu'un tel refus de sa part soit contraire à la bonne foi.* ». L'article 108

d'ailleurs particulièrement encadrée puisqu'elle répond à trois types de situations. Tout d'abord, celle où l'exception d'inexécution engendrerait « *des conséquences excessivement onéreuses* »¹⁷⁸⁶. Ensuite celle où l'inexécution de l'autre n'est pas substantielle et que le refus d'exécuter de celui qui invoque l'exception emporte l'extinction de son obligation¹⁷⁸⁷. Enfin lorsque l'exception entraîne une atteinte à un droit fondamental de la personne¹⁷⁸⁸. Il peut alors être remarqué que le fait pour un preneur à bail de suspendre temporairement le paiement du loyer, afin d'inciter son cocontractant à exécuter ses obligations ne semble pas rentrer dans l'un des cas présentés. Partant, les juges bénéficient des outils nécessaires à une admission plus large de l'exception d'inexécution que celle retenue par le droit positif, sans pour autant en admettre le principe systématiquement. L'idée n'est pas, bien entendu d'autoriser le recours à l'exception lorsque, par exemple, la peinture de l'appartement loué est quelque peu défraîchie¹⁷⁸⁹. Néanmoins, une certaine latitude dans l'appréciation de la gravité pourrait permettre de soulever l'exception *non adimpleti contractus* lorsque le bailleur refuse de changer une chaudière défectueuse privant ainsi les locataires d'eau chaude. Dans cette hypothèse, ces derniers jouissent certainement de l'immeuble, en ce que la privation de ce confort ne les empêche pas d'utiliser le local ; cependant, il n'est pas évident qu'ils en jouissent paisiblement ou utilement, surtout en période de grand froid ! Le recours à l'exception serait donc justifié. Même admise de façon plus large, l'exception d'inexécution n'en demeure pas moins un remède temporaire. Aussi, les cocontractants peuvent-ils décider d'exécuter leurs obligations respectives, et, si le blocage persiste, prendre la décision de rompre le contrat.

B. La rupture du contrat et l'obligation de mise à disposition

339 - Prolégomènes sur le droit de la résolution. « *Dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des*

2° (« on considère comme contraire à la bonne foi le refus : ») dresse l'inventaire des situations dans lesquelles la bonne foi peut être caractérisée.

¹⁷⁸⁶ Art. 108 2° a).

¹⁷⁸⁷ Art. 108 2° b).

¹⁷⁸⁸ Art. 108 2° c).

¹⁷⁸⁹ Pour reprendre l'exemple de Y. PICOD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1134 et 1135, Fasc. Unique, *Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, 19 décembre 2006, n°90.

*contractants, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre. (...). Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous ; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet »*¹⁷⁹⁰. À l'exception de la condition tenant à la gravité de l'inexécution, POTHIER semble avoir fixé les principaux éléments de la résolution retenus par le Code civil, qui n'y consacre que deux articles¹⁷⁹¹. L'absence de précisions supplémentaires quant à la faculté accordée au créancier d'une obligation inexécutée de rompre le contrat est donc la source des nombreuses hésitations. Hésitations, tout d'abord, quant aux conditions dans lesquelles ce droit est reconnu¹⁷⁹², mais hésitations également dans la nature et les effets de ce remède. Il apparaît dès lors qu'envisager la notion de résolution d'une manière alternative (1) permet d'en clarifier les conséquences (2).

1. Les zones d'ombres du droit de la résolution judiciaire

340 - Les hésitations sur l'étendue de la rupture : résolution ou résiliation. Remède ultime suite à l'inexécution d'une obligation puisqu'elle emporte la rupture du rapport d'obligation entre les parties, la résolution n'est toutefois pas un concept marqué par la limpidité. En énonçant que « *la condition résolutoire (...) opère la révocation de l'obligation et (...) remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* », et qu'elle « *est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* », les articles 1183 et 1184 du Code civil semblent avoir lié indéfectiblement la résolution et la rétroactivité. Telle est, en tout cas la position de la doctrine majoritaire¹⁷⁹³ et de la jurisprudence qui affirment classiquement que la

¹⁷⁹⁰ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. 2, *op. cit.*, n°679.

¹⁷⁹¹ Art. 1183 et 1184 C. civ.

¹⁷⁹² Sur ce point, V. C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, *op. cit.*, p. 451 et s.

¹⁷⁹³ V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°653 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n°253 et s. ; A. SÉRIAUX, *Droit civil, droit des obligations*, *op. cit.*, n°49 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n°879 ; pour une analyse d'ensemble, V. Y.-M. SERINET, *L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français*, in *Les*

résolution a pour effet « *d'anéantir le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement* »¹⁷⁹⁴. La solution ne soulève que peu de problèmes si le contrat est à exécution instantanée ou qu'il n'a jamais été exécuté. Ainsi par exemple, si une vente est résolue, l'acheteur est tenu de restituer la chose, le vendeur est, quant à lui, obligé de restituer le prix¹⁷⁹⁵. Plus épineuse est la question lorsque le contrat est à exécution successive et que les obligations ont été exécutées correctement pendant un temps. Tel est par exemple le cas d'un bail qui après une exécution prolongée est résolu suite à l'inexécution par le bailleur d'une obligation d'entretien ou du non paiement des loyers par le preneur. Dans cette hypothèse, la rétroactivité, pourtant semble-t-il imposée par les textes, voit son jeu paralysé : il n'y a en effet pas de raison de revenir sur certaines obligations exécutées normalement. Aussi, suite à de nombreuses hésitations¹⁷⁹⁶, la jurisprudence décide-t-elle aujourd'hui que la résolution, qui prend alors le nom de résiliation¹⁷⁹⁷, n'opère que pour l'avenir si l'inexécution n'est pas constatée dès l'origine¹⁷⁹⁸.

À peine cette première ambiguïté dépassée, que déjà se pose un autre problème : celui de la date de prise d'effet de la résiliation. Doit-elle être prononcée au moment du jugement ou antérieurement, en l'occurrence au moment de l'inexécution ou de l'introduction de la demande en justice ? Aucune de ces solutions ne semble pouvoir être appliquée par principe, la Cour de cassation énonce en effet que, « *la résiliation judiciaire des contrats à exécution successive ne prend pas nécessairement effet à la date de la décision qui la prononce* »¹⁷⁹⁹. Une telle solution

sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, op. cit., p. 589 et s.

¹⁷⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1988, Bull. civ. I, n°142 ; V. déjà, Cass. civ. 4 mai 1898, DP 1898, 1, p. 457, note M. PLANIOL.

¹⁷⁹⁵ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n°143 ; D. 2005, p. 3003, note M.-A. RAKOTOVAHINY ; JCP 2005, II, 10149, obs. Y. DAGORNE-LABBE.

¹⁷⁹⁶ Sur ce point, V. J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 203 et s., spéc. n°6 et s.

¹⁷⁹⁷ L'emploi du terme de résiliation est toutefois contesté par une partie de la doctrine. Celui-ci renverrait plus à un anéantissement volontaire et unilatéral, V. par ex. R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 2008, Defrénois 2008, p. 2499 ; Pour une analyse de la distinction entre résolution et résiliation, V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préface L. LEVENEUR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 484, 2007, n°24 et s.

¹⁷⁹⁸ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 30 avril 2003, Bull. civ. III, n°87 ; JCP 2003, I, 170, n°15 et s., obs. A. CONSTANTIN ; Defrénois 2003, p. 1175, obs. É. SAVAUX ; RTD civ. 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; LPA 8 décembre 2003, obs. G. PIGNARRE ; RDC 2004, p. 365, note J.-B. SEUBE ; JCP 2004, II, 10031, note C. JAMIN ; « *si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat* ».

¹⁷⁹⁹ Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 2008, Bull. civ. III, n°144, Defrénois 2008, p. 2499, note R. LIBCHABER ; RDC 2009, p. 70, note T. GENICON.

peut se comprendre mais amène une inflexion dans le mécanisme binaire précédemment décrit. Comme le note un auteur « *si la Cour de cassation juge que la résiliation peut prendre effet avant la résolution qui la prononce, c'est donc que cette résiliation peut avoir pour vertu de nier les effets passés d'un contrat qui était encore indubitablement en cours jusque là* »¹⁸⁰⁰. Il apparaît, en effet, qu'entre l'inexécution et le prononcé de la sanction, le contrat a perduré alors même qu'il ne devait plus être exécuté. Il faut donc tirer les conséquences de la résolution et, partant, admettre que la résiliation peut être, au moins partiellement, rétroactive¹⁸⁰¹. Résiliation et résolution peuvent donc dans de nombreuses hypothèses présenter un caractère rétroactif¹⁸⁰². Toutefois, la rétroactivité de la résolution n'est pas une évidence en soi. Ainsi, lorsque la résolution est unilatérale, elle n'a pas d'effet rétroactif. De même, certains droits, comme le droit anglais ou le droit allemand considèrent que la résolution ne produit d'effets que pour l'avenir. Pareillement, les différents textes européens tendant à l'unification du droit des contrats excluent l'idée d'une quelconque rétroactivité¹⁸⁰³. Enfin le droit interne ne tire pas toutes les conclusions de la pleine rétroactivité de la résolution, en effet, certaines clauses, malgré la rupture du contrat, continuent de produire leurs effets¹⁸⁰⁴. De cette considération, il est possible d'induire certaines nuances dans la notion même de résolution.

341 - Les hésitations sur la nature même de la rupture : résolution du contrat ou résolution de l'obligation ? Il est classiquement enseigné que la

¹⁸⁰⁰ T. GENICON, préc., p. 72.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, et l'auteur de poursuivre plus loin en analysant de nouveau l'attendu de principe de l'arrêt du 30 avril 2003, qui « *offrait une directive très claire pour tracer le périmètre de l'effet résolutoire : "la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté". Prise a contrario, la formule suggère que l'effet rétroactif de la "résiliation" doit couvrir tout "le temps où le contrat n'a pas régulièrement été exécuté"* », p. 75.

¹⁸⁰² En ce sens, V. R. WINTGEN, *Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution*, RDC 2006, p. 543 et du même auteur, *La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé*, RDC 2008, p. 73 et s.

¹⁸⁰³ V. par ex. les principes LANDO (art. 9 :305 1°) : « *la résolution du contrat libère les deux parties de leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur ; (...), elle est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue*. De même, les principes UNIDROIT retiennent une solution de nature similaire à l'article 7.3.5 1° (« *La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives* »). La correspondance entre ces principes et le droit interne est toutefois à relativiser ; ils visent en effet le droit de résolution unilatérale conféré au créancier. Or en droit positif la résolution est nécessairement judiciaire. Comp. avec les propositions de réforme du droit des contrats du groupe dirigé par F. TERRÉ, qui retiennent une résolution ne valant que pour l'avenir, sans effet rétroactif (Art. 116 : « *la résolution du contrat libère les parties pour l'avenir* » ; Adde, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrats*, op. cit., n°532 et s.

¹⁸⁰⁴ V. *Infra* n° 341.

résolution rompt le contrat¹⁸⁰⁵ ; néanmoins, une partie de la doctrine suggère de reconsidérer la question : la résolution n'aurait pas pour effet de rompre le contrat mais les obligations¹⁸⁰⁶. L'analyse procède de la dissociation entre la force obligatoire du contrat, conçue comme un assujettissement des parties à la norme contractuelle créée, et le contenu obligationnel¹⁸⁰⁷. Appliquant la distinction à la matière de la résolution, un auteur peut affirmer que « *la résolution ne s'attaque pas à la norme contractuelle, c'est-à-dire à sa force obligatoire, mais à son contenu obligationnel. Seul le rapport d'obligation est concerné par l'effet extinctif* »¹⁸⁰⁸. La résolution n'éteindrait donc pas le contrat en tant que norme, qui perdurerait au-delà de la résolution¹⁸⁰⁹, mais seulement le rapport d'obligations. L'analyse se comprend aisément. Contrairement à l'hypothèse de la nullité, le contrat passé entre les parties est valable, le fait qu'il n'a pas été exécuté ne doit pas conduire à sa destruction pure et simple¹⁸¹⁰. Les finalités respectives des deux institutions sont différentes et ne doivent pas produire les mêmes effets. La nullité sanctionne un défaut dans la formation du contrat et permet ainsi de considérer qu'il n'a jamais accédé à la vie juridique. La résolution, pour sa part, permet à un contractant dont la créance n'est pas exécutée d'être dégagé de son obligation¹⁸¹¹. Dès lors, la résolution « *ne s'attaque pas à l'acte lui-même, c'est-à-dire à la procédure de création, mais à ses effets, plus précisément à certains d'entre eux* »¹⁸¹². En résumé, la résolution ne devrait guère produire d'effets sur la formation du contrat, la création du lien entre les parties, mais uniquement sur ce qu'elle entend sanctionner : les obligations. Les mérites d'une telle présentation sont nombreux. Tout d'abord, elle permet d'expliquer pourquoi la responsabilité du débiteur n'ayant pas exécuté son obligation est de nature

¹⁸⁰⁵ V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°640 et s. ; C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, 2^e partie, *Effets*, op. cit., n°701 et s., V. les exemples cités par C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préface C. JAMIN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003, n°307 et s.

¹⁸⁰⁶ C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°311 et s. ; Adde, R. WINTGEN, *Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution*, préc., spéc. n°2.

¹⁸⁰⁷ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc.

¹⁸⁰⁸ C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°9.

¹⁸⁰⁹ C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°317 et s.

¹⁸¹⁰ C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°321 et s. ; Adde, R. LIBCHABER, préc. « *la nullité procède d'un vice entrant dans la formation du contrat. Dès lors que le juge admet que ce vice doit conduire à l'anéantissement du contrat, cet anéantissement ne peut être que radical ; on estime en effet que le contrat a toujours été empêché de produire les effets que l'on pouvait attendre de lui. La résolution opère tout autrement : bien formé, le contrat a pu s'exécuter pendant un temps plus ou moins long, avant que son exécution ne soit entravée par une défaillance dans la prestation de l'une des parties* ».

¹⁸¹¹ C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°325.

¹⁸¹² C. RIGALLE-DUMETZ, op. cit., n°675.

contractuelle¹⁸¹³ : seules les obligations étant éteintes, le contrat perdure et peut engendrer une responsabilité de cette nature. Elle autorise également une explication de l'application de certaines clauses, telle la clause pénale¹⁸¹⁴ ou la clause de dédit¹⁸¹⁵, malgré la résolution : extérieures au contenu obligationnel, ces stipulations ne seraient pas touchées par la résolution¹⁸¹⁶.

Si la thèse conduisant à la conclusion suivant laquelle seules les obligations sont anéanties par la résolution est séduisante, elle paraît toutefois trop restrictive¹⁸¹⁷. Il semble que restreindre la portée de la résolution au seul contenu obligationnel ne peut expliquer son mécanisme dans la vente. L'ensemble des effets de ce contrat ne se limite pas à la seule production d'obligations, au contraire, il implique un transfert de propriété insusceptible de faire l'objet d'une obligation¹⁸¹⁸. Partant, à concevoir que la résolution ne touche que les obligations, elle ne saurait « *remettre en cause le transfert de propriété* »¹⁸¹⁹. Considérant cette difficulté, l'auteur estime alors qu'un nouvel effet de la règle résolutoire doit intervenir : « *la création d'un rapport de restitution qui provoquera un nouveau transfert* »¹⁸²⁰. Or l'affirmation est étonnante, le transfert de propriété n'étant pas lié à la remise de la chose en droit français, la créance de restitution naissant de la résolution ne peut être analysée que comme un droit personnel et non réel. De plus, « *l'obligation de restituer ne peut se justifier que parce que l'acheteur n'est plus propriétaire et que le vendeur l'est redevenu (...)* comment expliquer que le rapport de restitution, c'est-à-dire le rapport en vertu duquel chacun peut exiger que l'autre lui restitue ce qu'il a obtenu, opère un nouveau transfert de propriété »¹⁸²¹ ? Aussi, pour expliquer le principe des restitutions, faut-il admettre que le transfert de propriété a été également touché par la résolution¹⁸²². Il

¹⁸¹³ C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°345 et s.

¹⁸¹⁴ Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n°5.

¹⁸¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1978, Bull. civ. I, n°241.

¹⁸¹⁶ C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°354 et s. ; Adde, R. WINTGEN, *préc.* ; pour d'autres, si les clauses peuvent trouver application malgré la résolution, c'est en raison de leur objet particulier : régler par avance les conséquences de l'inexécution, V. par ex. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrats, op. cit.*, n°532 et s., n°490 et s.

¹⁸¹⁷ Pour une critique de la théorie présentée V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, n°56 et s.

¹⁸¹⁸ Sur l'inexistence de l'obligation de donner, V. *Supra*, n° 247 et s.

¹⁸¹⁹ C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°626.

¹⁸²⁰ C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°631 ; Adde M. BÉHAR-TOUCHAIS, J.-Cl. Contrats – distribution, fasc. 176, *Extinction du contrat, Effets*, n°14 qui affirme que « *quand le contrat a opéré transfert de la propriété d'un bien, c'est bien la résolution qui crée l'obligation de restituer, qui sans cela n'aurait jamais existé* ».

¹⁸²¹ T. GENICON, *op. cit.*, n°58.

¹⁸²² *Ibid.*

apparaît donc que si l'idée suivant laquelle le contrat en tant que norme n'est pas nécessairement touché par la résolution est convaincante, les obligations ne sont pas les seules concernées par ce remède ; ce sont les effets du contrat, envisagés globalement, qui sont résolus¹⁸²³. Il apparaît donc envisageable de considérer que le contrat n'est pas anéanti par la résolution, ceci confirme l'idée suivant laquelle ce remède n'a pas nécessairement vocation à agir de façon rétroactive pour produire la plénitude de ses effets. Par ailleurs, puisque les obligations ont vocation, en cas d'inexécution, à être résolues, il n'est pas impossible que les effets du remède varient en fonction de l'objet de l'obligation.

2. La variation des effets de la résolution à la lumière de l'obligation résolue

342 - L'effet caractéristique de la résolution d'une obligation de mise à disposition : les restitutions. Affirmer que la résolution n'est pas nécessairement rétroactive ne conduit pas à nier la nécessité d'opérer les restitutions. Celles-ci peuvent être justifiées de différentes façons. Ainsi certains auteurs rattachent cette exigence à la naissance, suite au prononcé de la résolution, d'un quasi-contrat. Ils peuvent ainsi affirmer que *« l'exécution, par hypothèse partielle, du contrat crée un déséquilibre patrimonial entre les parties. La résolution, parce qu'elle met fin, à la demande de la partie lésée, à la perspective d'une exécution totale du contrat, laisse donc subsister un enrichissement sans cause qui justifie la restitution des prestations restées sans contrepartie »*¹⁸²⁴. Une telle présentation a le mérite de la clarté : une prestation a été exécutée, mais la contreprestation ne l'a pas été, un déséquilibre est créé puisque la première a indûment enrichi son bénéficiaire. Pour autant, elle n'emporte pas l'unanimité¹⁸²⁵ et le fondement quasi-contractuel a même été

¹⁸²³ Rappr. P. ANCEL, préc., n°47, *« si on admet que le contrat est générateur d'une norme qui prévoit la naissance d'obligations et/ou le transfert de droits, on peut très bien admettre que la résolution n'affecte que les effets de droit stipulés par la norme (ou certains d'entre eux) sans remettre en cause cette norme elle-même (...) »*.

¹⁸²⁴ R. WINTGEN, préc., p. 548.

¹⁸²⁵ V. par ex. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullités, restitutions et responsabilité*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 218, 1992, n°645, qui précise que *« le but de l'action de in rem verso consiste, indépendamment du préjudice subi par l'appauvri, à effacer l'enrichissement injuste [alors que la restitution suite à une résolution nécessitant un retour au statu quo ante] implique que l'on se place du point de vue de celui qui a fourni la prestation et non du côté du bénéficiaire, comme dans l'enrichissement sans cause »* ; C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°616 et s. qui relève une certaine incohérence dans le recours au fondement quasi-contractuel : suivant cet auteur, seules les obligations sont susceptibles d'être résolues, partant le contrat demeure malgré la résolution, il serait donc illogique de trouver un fondement

directement condamné par la jurisprudence qui affirme aujourd'hui que « *les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu, mais seulement des règles propres à la résolution du contrat* »¹⁸²⁶. C'est donc ailleurs que doit être découverte la justification des restitutions.

Certains auteurs proposent de découvrir un fondement autonome aux restitutions intervenant suite à la résolution. Celles-ci seraient « *un effet direct de la règle résolutoire* »¹⁸²⁷. La proposition trouve d'ailleurs un certain écho en jurisprudence qui voit parfois dans les restitutions une « *conséquence légale de la résolution* »¹⁸²⁸. Conséquences mécaniques de la résolution, les restitutions ne se rattachent « *à aucune institution juridique préexistante [et ne sont] gouvernées (...) que par une seule règle : un principe de restitution intégrale qui signifie simplement et uniquement que l'acte de restitution doit être de la même nature et de la même mesure que l'acte d'exécution, autant que faire se peut* »¹⁸²⁹. Il ne faut toutefois pas conclure que les restitutions ont vocation à être appliquées à l'occasion de toute résolution. Au contraire, bien qu'il puisse s'agir d'un truisme, il n'est pas inintéressant de relever que ne peut être restituée qu'une chose qui a été remise. Or si seules les choses remises peuvent être restituées, seule la résolution de l'obligation de mise à disposition serait de nature à emporter des restitutions. Qu'elle concerne un corps certain ou une somme d'argent¹⁸³⁰, il apparaît que seule la résolution d'une obligation de mise à disposition puisse faire l'objet d'une restitution. Se retrouve alors ici parfaitement l'idée de « *contrat synallagmatique renversé* »¹⁸³¹ : ce qui a été remis doit être restitué. À ce titre seule l'obligation de mise à disposition, à l'exclusion de

extracontractuel là où il existe toujours un contrat ; F. ROUVIÈRE, *L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente*, RTD civ. 2009, p. 617, n°4, l'« utilisation [du fondement quasi-contractuel] devrait conduire à rétablir systématiquement tous les déplacements de valeur ce qui ne saurait expliquer les solutions qui refusent purement et simplement les indemnités pour l'utilisation et la jouissance de la chose par l'acheteur. La notion de quasi-contrat reste pertinente mais partielle : elle ne peut étendre son aile de façon à couvrir l'ensemble des solutions d'une justification proprement juridique » ; Adde, T. GENICON, *op. cit.*, n°924 et s.

¹⁸²⁶ Cass. civ. 3^e, 24 mai 2006, inédit, pourvoi n° 05-11938 ; Rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, inédit, pourvoi n°97-14441, « *la cour d'appel, n'a fait qu'appliquer les règles régissant les effets de l'annulation d'un contrat, nonobstant les références impropres mais surabondantes à l'enrichissement sans cause* ».

¹⁸²⁷ C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n°620.

¹⁸²⁸ Cass. civ. 3^e, 20 février 1973, Bull. civ. III, n°147 ; Cass. civ. 3^e, 22 juillet 1992, Bull. civ. III, n°263, Defrénois 1993, p. 732, obs. J.-L. AUBERT.

¹⁸²⁹ T. GENICON, *op. cit.*, n°927.

¹⁸³⁰ Pour une analyse de l'obligation de somme d'argent en obligation de mise à disposition V. *Supra*, n° 273 et s.

¹⁸³¹ J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n°1022.

l'obligation de faire¹⁸³², peut donner lieu à cette véritable « *obligation en sens inverse* »¹⁸³³. Cela ne signifie pas pour autant que lorsqu'une obligation de mise à disposition est touchée par une résolution, la restitution s'opère toujours en nature. Le bien transmis peut, en effet, avoir été détruit, consommé ou incorporé. Dans ces hypothèses, la restitution se réalise en valeur. Toutefois, lorsqu'une telle obligation est résolue, la priorité doit être donnée à la restitution du bien lui-même, la Cour de cassation l'affirme clairement en décidant que « *lorsque la résolution d'un contrat synallagmatique est prononcée aux termes de l'article 1184 du Code civil, les objets reçus par l'une des parties en exécution de ladite convention doivent être restitués en nature (...) il n'en est autrement que si les choses ne sont plus entières* »¹⁸³⁴.

343 - L'effet caractéristique de la résolution d'une obligation de faire : l'indemnisation ? Au premier abord, l'affirmation suivant laquelle une obligation de faire n'est pas sujette, en cas de résolution, à restitution peut surprendre. La Cour de cassation admet, en effet, que lorsque l'obligation dont il convient d'opérer la "restitution" est résolue, celle-ci se réalise par équivalent ou en valeur, donc en argent¹⁸³⁵. Cette position se laisse aisément appréhender puisqu'il est impossible de restituer une prestation personnelle en nature. Comment, en effet, "restituer" un conseil juridique ou médical ou une prestation d'enseignement si ce n'est en évaluant la valeur réelle de celle-ci ? Pour autant, le principe de la restitution en valeur d'une obligation de faire est troublant. S'il est permis d'admettre que la restitution n'est, en quelque sorte, que la prestation exécutée à l'envers, le versement d'une somme d'argent ne correspond pas véritablement à cette prestation inversée. Le trouble se poursuit à la lecture de l'article 9 : 309 des Principes du droit européen du contrat qui énonce qu'« *après résolution du contrat, la partie qui a effectué une prestation insusceptible de restitution, et pour laquelle elle n'a pas reçu paiement ou une autre contrepartie, peut obtenir une somme raisonnable correspondant à la valeur qu'a eue la prestation pour le cocontractant* »¹⁸³⁶. Suivant cet article il n'est pas

¹⁸³² V. *Infra*, n° 343.

¹⁸³³ A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. V, Paris, E. Plon et Cie, 2e éd. par E. COLMET de SANTERRE, n°102 bis.

¹⁸³⁴ Cass. civ. 3 novembre 1948, D. 1949, p. 53 ; Adde, T. GENICON, *op. cit.*, n°934, qui estime qu'il existe un « *droit à la restitution en nature* ».

¹⁸³⁵ V. par ex. en matière de contrat de travail résolu, Cass. soc. 8 avril 1957, D. 1958, p. 221, note Ph. MALAURIE ; Proposant des critères d'évaluation de la restitution en valeur d'une prestation de service, V. T. GENICON, *op. cit.*, n°943.

¹⁸³⁶ G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERI, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen des contrats*, Société de législation comparée, 2003, p. 388.

question ici d'une prestation non restituable en nature et, partant, uniquement en valeur, mais bien d'une prestation non restituable.

Si la portée de ces "indices" doit être relativisée¹⁸³⁷, ils n'en constituent pas moins un point de départ à une remise en cause des conséquences de la résolution d'une obligation de faire. Il est alors possible de constater en la matière une certaine réticence de la jurisprudence à employer les termes de "restitution par équivalent" ou "de restitution en valeur" ; au contraire, elle affirme par exemple que le salarié ayant effectué une prestation en vertu d'un contrat annulé ou résolu, doit être indemnisé¹⁸³⁸. Il apparaît dès lors, que lorsque la résolution porte sur une obligation de faire, la prestation exécutée n'est pas, à proprement parler, restituée, mais fait l'objet d'une indemnisation. Comme le note un auteur, « *la difficulté de la matière est liée à l'objet restituable : une prestation de services insusceptible de restitution, laquelle ne peut porter que sur un bien : il s'agit plus d'une indemnité que de restitution dont le montant est apprécié souverainement par les juges du fond* »¹⁸³⁹. L'idée que la résolution d'une obligation de faire n'emporte pas une restitution en équivalent mais une indemnisation permet d'apporter une solution cohérente dans certaines hypothèses. Ainsi par exemple, la restitution ne pouvant porter que sur l'exacte mesure de ce qui a été transmis, celui qui aurait exécuté une obligation de non-concurrence postérieurement résolue, n'aurait droit qu'à peu de choses « *parce qu'en général l'exécution d'une obligation de ne pas faire ne coûte rien* »¹⁸⁴⁰. Aussi pour éviter un tel déséquilibre la Cour de cassation opte-t-elle pour une indemnisation du préjudice subi par le débiteur de l'obligation et non pour une restitution en équivalent de la prestation réalisée¹⁸⁴¹. Une telle proposition n'est d'ailleurs pas contraire à

¹⁸³⁷ Les projets plus récents, tels les *Principes contractuels communs* (Projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, Société de législation comparée, 2008) abordent avec moins de nuance le problème. Ainsi, l'article 10 :313, ayant vocation à abroger l'article 9 :309 des *Principes du droit européen des contrats* (préc.), intitulé explicitement *Objet de la restitution*, dispose que « *lorsque la restitution en nature est impossible, la partie qui a fourni la prestation sans contrepartie peut obtenir une somme raisonnable correspondant à la valeur qu'a eue la prestation pour le cocontractant* », (nous soulignons).

¹⁸³⁸ V. par ex. Cass. soc., 15 mai 2007, inédit, pourvoi n° 06-43205, JCP éd. S. 2007, n°29, 1566, obs. S. BRISSY, « *en cas de nullité du contrat de travail, le salarié doit être indemnisé pour les prestations qu'il a fournies* » ; Cass. soc. 7 mai 2003, inédit, pourvoi n° 01-42337, qui casse un arrêt pour n'avoir pas « *recherché si l'intéressé n'avait pas accompli effectivement des tâches entrant dans les prévisions du contrat annulé et lui donnant droit à indemnisation* ».

¹⁸³⁹ M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préface G. CORNU, éd. Cujas, 1991, p. 67. L'auteur poursuit le raisonnement (p. 271), en affirmant que cette indemnisation « *se rattache à d'autres mécaniques, tels l'enrichissement sans cause, l'équité ou la survie du contrat* ».

¹⁸⁴⁰ A. PINNA, *La mesure du préjudice consécutif à l'exécution d'une obligation de non-concurrence illicite*, JCP 2006, I, 192, n°19.

¹⁸⁴¹ V. par ex. suite à l'annulation d'une clause de non-concurrence, Cass. soc. 11 janvier 2006, Bull. civ. V, n°8, « *le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* ».

l'affirmation suivant laquelle « *ce qui ne se restitue pas se répare* » et « *ce qui ne se répare pas se restitue* »¹⁸⁴². Ces deux institutions – réparation et restitution – s'opposent par principe quant à leur fonction. La première a pour objectif de « *compenser un préjudice* »¹⁸⁴³, alors que la seconde a pour objet de « *corriger bilatéralement (...) des déplacements de valeur résultant de la fourniture indue de prestations* »¹⁸⁴⁴. Or l'obligation de faire n'étant pas restituable, son exécution, restée sans contrepartie, appauvrit nécessairement son débiteur, et à ce titre devient indemnisable. En définitive, la restitution apparaît comme étant l'apanage de la résolution de l'obligation de mise à disposition, car seule peut être restituée une chose qui a été transmise. Par conséquent ce qui n'a pas été remis ne peut être restitué ; la résolution d'une obligation de faire n'emporte donc pas de restitution par équivalent mais une indemnisation.

344 - Synthèse. Si à première vue l'obligation de mise à disposition ne semble pas présenter particulièrement d'originalité lorsque lui sont appliqués les remèdes traditionnels – exception d'inexécution et résolution – tendant à pallier l'inexécution du contrat, l'apparence se révèle trompeuse. Tout d'abord, l'intégration d'une obligation de mise à disposition en droit positif a le mérite d'éclairer le régime de l'exception *non adimpleti contractus*. Elle permet ainsi de clarifier l'opposition traditionnelle entre cette exception et le droit de rétention ; en effet, là où certains voient deux concepts distincts, il est en réalité possible de ne voir qu'un genre – l'exception d'inexécution – et un mode spécial applicable en présence d'une obligation de mise à disposition : la rétention. En outre, intégrer une obligation de mise à disposition, permettant d'analyser les obligations du bailleur de façon unitaire, autorise l'élargissement son champ d'application. Enfin, il est possible de découvrir une particularité de l'obligation de *praestare* quant aux conséquences de la résolution. Une fois admis le fait que la résolution ne porte pas nécessairement sur le contrat mais plutôt sur ses effets, la proposition prend alors la forme d'un syllogisme : seule est susceptible d'être restituée une chose qui a été remise ; l'obligation de mise à disposition porte sur la remise des choses ; seule l'obligation de mise à disposition est donc susceptible d'être restituée.

¹⁸⁴² Selon les expressions de Y.-M. SERINET, *Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation*, in *Liber amicorum, études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 871 et 881 ; Adde, G. VINEY, obs. sous Cass. ch. Mixte, 9 juillet 2004, JCP 2005, I, 132, n°1, « *les restitutions sont par nature étrangères à toute idée de réparation* ».

¹⁸⁴³ M.-È. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la réparation*, préface P. HÉBRAUD, LGDJ, bibliothèque de droit privé, T. 135, p. 448.

¹⁸⁴⁴ Y.-M. SERINET, préc., n°9, l'auteur poursuit en affirmant que « *la restitution couvre un élément intrinsèque (la prestation) alors que la réparation porte sur des éléments extrinsèques (les conséquences secondes de l'anéantissement du contrat)* ».

345 - Conclusion de section : l'obligation de mise à disposition, une originalité confirmée par les remèdes. À l'étude des remèdes de l'inexécution, la nécessité d'une intégration de l'obligation de *praestare* se confirme. Elle présente, en effet, de nombreuses originalités qui, dans un système bâti en contemplation de la distinction entre obligation de donner et obligation de faire, ne sont considérées que comme des exceptions parfois difficilement justifiables. C'est ainsi que les règles de l'exécution forcée, purement hétérogènes lorsqu'elles sont confrontées aux obligations de faire, s'éclaircissent une fois envisagées par rapport à l'obligation de mise à disposition : seule cette dernière pouvant faire l'objet de l'application d'une contrainte directe. Examinée face à l'exception d'inexécution, le *praestare* a un double mérite. Tout d'abord, il permet de dépasser l'ambiguïté notionnelle entre l'exception *non adimpleti contractus* et le droit rétention, en ne voyant dans le second qu'une application *ad hoc* de la première. Ensuite, en ce qu'il permet d'analyser de façon globale les obligations du *tradens*, il a le mérite de permettre de façon plus large le recours à cette exception sans contrevenir à la condition de gravité de l'inexécution. Étudiée enfin dans le cadre de la résolution, l'obligation de mise à disposition se découvre une dernière spécificité. En considérant ce remède non comme une rupture du contrat mais comme la rupture des effets de celui-ci, il apparaît que seul le *praestare* est susceptible d'une véritable restitution. À l'inverse, les obligations de faire résolues n'emportent qu'une indemnisation. Il y a là une conséquence logique de la distinction entre *praestare* et *facere*. Les obligations de mise à disposition portent sur le mouvement des choses, or seul ce mouvement est susceptible d'un retour. Les obligations de faire, quant à elles, impliquent une activité personnelle ; partant, bien que cette activité ait pu créer une valeur, elle n'est pas véritablement restituable. Le déséquilibre né de l'accomplissement de la prestation ne peut donc faire l'objet que d'une indemnisation.

346 - Conclusion du chapitre : l'utilité avérée de l'obligation de mise à disposition. Matériellement différente de l'obligation de faire, puisque les prestations portant sur le mouvement des choses et celles nécessitant une activité personnelle du débiteur se distinguent de façon presque naturelle, l'obligation de mise à disposition est également dotée d'un régime propre. Partant, la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet semble pouvoir être reconstruite autour des notions de *facere* et de *praestare*. L'étude de la nature juridique, du contenu et des remèdes de l'inexécution de cette dernière attestent d'ailleurs de son autonomie, et permettent de l'envisager de façon relativement homogène, contrairement à l'obligation de faire marquée, quant à elle par l'hétérogénéité. Ces grandes catégories d'obligation se rejoignent cependant dans l'application des remèdes à l'inexécution. L'exception

d'inexécution et la résolution, issues de la théorie générale des obligations ont, en effet, vocation à s'appliquer sans distinction en fonction de la nature de l'obligation atteinte. Malgré quelques différences dans leur mise en œuvre, leur portée "universelle" paraît seule en mesure de transcender la *summa divisio* proposée.

347 - Conclusion du titre 1 : la distinction des obligations de faire et de mise à disposition, refonte d'une *summa divisio*. Face aux faiblesses de la présentation traditionnelle regroupant les obligations en *facere* et *dare*, l'intégration de l'obligation de *praestare* apparaît comme une solution permettant une certaine remise en ordre des catégories. Ayant pour dénominateur commun de porter sur les mises à disposition de choses, les obligations de *praestare* ont trait aux remises de choses et s'opposent aux obligations de faire, relatives pour leur part aux prestations impliquant la personne de leur débiteur. L'opposition entre ces catégories d'obligations est telle qu'elle peut être érigée en véritable *summa divisio*. Il apparaît, en effet, que chacune de ces obligations est dotée d'un contenu propre. Dans la distinction entre donner et faire, le contenu des secondes n'est véritablement déterminé qu'en fonction des premières : une obligation de faire ne pouvant être analysée comme telle qu'autant qu'elle n'est pas une obligation de donner. Retenir une distinction entre faire et mettre à disposition autorise à remettre en cause cette situation. Chaque obligation ayant un champ d'application propre, déterminé en fonction de la prestation à laquelle le débiteur est tenu, un régime spécifique peut alors leur être appliqué. Le mérite de la *summa divisio* proposée paraît donc double. Tout d'abord, d'un point de vue didactique, elle permet une lecture plus claire du droit des contrats en adéquation avec la matérialité des prestations attendues. Ensuite, d'un point de vue plus fonctionnel, octroyant à chaque obligation un véritable droit commun irréductible, elle permet une plus grande prévisibilité des règles applicables notamment en cas d'inexécution.

Lorsque la remise intervient en exécution d'un contrat, sa juridicité est donc avérée. Pour autant toutes les remises ne constituent pas des obligations. Il a en effet, pu être proposé de systématiser des remises détachées du contrat. Ces dernières répondent au même modèle physique que les premières – la combinaison d'une mise à disposition et d'un enlèvement – mais leur régime et les conséquences en découlant ne sauraient être identiques. Si ces remises sont souvent considérées comme des opérations en marge du droit des contrats, voire plus largement en marge du droit, il peut être proposé d'y déceler néanmoins de véritables situations juridiques.

TITRE 2

LA REMISE DETACHEE DU CONTRAT : L'OPPORTUNITE D'UNE CONSTRUCTION

348 - Introduction du titre 2 : remise détachée du contrat mais refus du non-droit. Telles que présentées jusqu'alors les remises détachées du contrat pourraient paraître en marge du droit. Elles ne seraient que le fruit de relations spécifiques dans lesquelles le droit n'aurait pas vocation à intervenir. Le rattachement au non-droit serait, en effet, attractif à divers titres. Tout d'abord, il ne peut être nié qu'en la matière le contentieux est clairsemé. Néanmoins, l'absence de contentieux, c'est-à-dire l'absence de caractère pathologique de la règle appliquée, n'est pas de nature à exclure l'existence de cette même règle : « *le non-droit n'est pas simplement le non contentieux* »¹⁸⁴⁵. Ensuite, les remises détachées du contrat pourraient être exclues du droit par le fait que l'amitié, souvent présente dans ces situations « *implique une volonté de se tenir hors du droit* »¹⁸⁴⁶. L'argument peut cependant être dépassé, les remises détachées du contrat ne s'insérant pas nécessairement dans ce cadre amical.

La gêne causée au juriste par l'intégration d'une remise détachée du contrat tient en réalité au rôle de la volonté dans la création du rapport. Classiquement, la volonté de créer une situation juridique se traduit par la formation d'un acte juridique, les parties manifestant alors leur désir d'inscrire leur relation dans le droit ; mais, comme il est parfois relevé, « *l'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit : elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit* »¹⁸⁴⁷. En matière d'opérations bilatérales, la proposition se résume alors à une opposition entre situations contractuelles et situations relevant du non-droit¹⁸⁴⁸. Partant, à défaut de véritable

¹⁸⁴⁵ J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non droit*, in *Flexible droit*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁴⁶ J. CARBONNIER, op. cit., p. 33.

¹⁸⁴⁷ J. CARBONNIER, op. cit., p. 35,

¹⁸⁴⁸ Le mariage étant toutefois mis à part de la présentation.

animus contrahendi, l'opération ne pourrait être véritablement juridique. En considérant les remises détachées du contrat, la présentation démontre ses faiblesses ; ces remises ne relevant ni de l'une, ni de l'autre des hypothèses. Il peut, dès lors, être proposé de dégager un autre type d'accord s'insérant entre l'accord sur un contrat et l'accord sur l'exclusion de toutes règles juridiques : l'accord ne portant que sur la remise. Entre la volonté contractuelle et la volonté du non-droit existerait donc un type intermédiaire de volonté : l'*animus tradendi*, se traduisant par l'accord sur la seule remise¹⁸⁴⁹. Il apparaît donc que l'exclusion de la qualification contractuelle n'est pas de nature à priver les remises détachées du contrat de toute juridicité. La découverte d'un véritable régime juridique à ces remises permet alors de se servir de ce concept pour éclairer des situations dont la juridicité n'est pas contestée, mais dont la qualification actuelle de contrat ne convient pas. L'intégration des remises détachées du contrat en droit positif doit dès lors être réalisée autour de deux axes : la détermination du régime juridique leur étant applicable d'une part (Chapitre 1), l'exportation du modèle dégagé d'autre part (Chapitre 2).

¹⁸⁴⁹ Rapp. R. SACCO, *Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ?*, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 273 et s., qui considère que « si le juriste (...) veut reconnaître l'efficacité du don manuel et du paiement fait sciemment sans dette, il doit faire une place, dans l'inventaire de ses actes juridiques, à la remise ».

CHAPITRE 1

LA RECHERCHE D'UN REGIME JURIDIQUE : LA SPECIFICITE DU MODELE

349 - Recherche du régime applicable à une situation volontaire mais factuelle. Affirmer que la remise détachée du contrat crée une situation de fait et non de droit pourrait surprendre. Il a, en effet, précédemment été proposé d'analyser la mise à disposition comme un acte juridique. La question qui se pose est alors de savoir si, lorsqu'elle n'est pas insérée dans un rapport contractuel, c'est-à-dire lorsqu'elle n'intervient ni à titre de paiement ni en tant que condition de formation d'un contrat, elle conserve cette nature. Tout d'abord, il doit être constaté que même consentie sans contrat, elle demeure volontaire. Cela se comprend aisément : la remise de la chose se décomposant nécessairement en une mise à disposition de la part du *tradens* suivie d'une réception de la part de l'*accipiens*, la combinaison de ce double mouvement ne peut être que volontaire. Ensuite, un effet juridique doit indéniablement leur être reconnu : la perte et l'acquisition réciproque d'un pouvoir sur la chose¹⁸⁵⁰. Bien que consenties sans contrat, ces remises peuvent donc être qualifiées d'actes juridiques. Toutefois puisqu'elles ne créent pas nécessairement un rapport obligatoire entre les parties, elles demeurent dans le champ des situations de fait¹⁸⁵¹. Or un auteur peut affirmer que « *la caractéristique des situations de fait, c'est de n'être qu'une simple structure matérielle, qu'aucun élément juridique ne vient organiser, ordonner en fonction d'une certaine conception de la justice. Chaque situation de fait apparaît ainsi comme un doublet, une copie maladroite, déformée, aux contours imprécis, de la situation de droit qui repose sur les mêmes structures matérielles qu'elle* »¹⁸⁵². À suivre l'analyse, la remise détachée du contrat ne serait

¹⁸⁵⁰ Il ne saurait ici être tiré parti du fait que dans certains cas, notamment en matière de dépôt nécessaire, des obligations peuvent naître à la charge de l'*accipiens* pour affirmer que l'ensemble des remises détachées du contrat produit des effets de droit. Certaines sont, en effet, dépourvues de tout contenu obligationnel.

¹⁸⁵¹ Le seul accord sur la remise de la chose ne saurait à lui seul former un contrat.

¹⁸⁵² J. NOIREL, *Le droit civil contemporain et les situations de fait*, RTD civ. 1959, p. 456 et s., n°6.

que le « *doublet* » de la remise issue du contrat ; en quelques sortes, elle serait à la remise contractuelle ce que le concubinage est au mariage. Il est vrai que la remise détachée du contrat est une situation purement réelle profondément ancrée sur le seul mouvement de la chose. En ce sens, elle est bien « *une simple structure matérielle* ». Néanmoins, affirmer qu'elle n'est seulement qu'une « *copie maladroite* » ne satisfait guère. Correspondant à une réalité juridique différente du contrat, elle répond également à des besoins différents. La conclusion à tirer doit être la mise à l'écart des règles contractuelles (section 1) mais non la mise à l'écart de toute règle (section 2).

Section I L'exclusion du régime contractuel

350 - L'inadéquation des mécanismes contractuels à la remise détachée du contrat. Le droit des contrats a vocation à régir des situations lors même que les parties n'avaient pas conscience de s'engager. De façon plus marquante encore, alors que les parties auraient manifesté leur volonté de ne pas s'engager juridiquement, le droit pourrait malgré tout s'en saisir¹⁸⁵³. Les parties ne semblent pouvoir elles-mêmes fixer les frontières du droit et du non-droit : autrement dit, « *c'est (...) au juge qu'il appartient de fixer les frontières de la juridicité* »¹⁸⁵⁴. Partant, afin de nier l'existence de remises existant en marge des contrats, le juge pourrait avoir recours à des techniques de qualification tendant à pallier l'absence de déclaration expresse de volonté (§1) ou permettant de mettre à l'écart l'éventuelle absence de volonté de s'engager (§2). Ce n'est donc que si les remises détachées du contrat se montrent totalement hermétiques à l'attraction du droit des contrats que leur spécificité peut être avérée.

§ 1. L'impossible caractérisation d'une volonté de contracter

351 - La volonté tacite, source de caractérisation d'un contrat. Certains faits peuvent permettre de caractériser l'existence d'un contrat, en l'absence même de volonté expresse de contracter de la part de leur auteur. Il est donc classiquement admis que la volonté tacite de contracter, résultant du comportement¹⁸⁵⁵ des parties,

¹⁸⁵³ V. par ex. l'arrêt « *Camaieu* », Cass. com. 23 janvier 2007, Bull. civ. IV, n°12 ; D. 2007, p. 442, obs. X. DELPECH ; RDC 2007, p. 697, note Y.-M. LAITHIER ; Defrénois 2007, n°13, p. 1027, note É. SAVAUX ; RLDC 2007, n°40, p. 6, comm. N. VIGNAL ; RTD civ. 2007, p. 340, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « *en s'engageant, fût-ce moralement, "à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* ».

¹⁸⁵⁴ J. MESTRE et B. FAGES, préc.

¹⁸⁵⁵ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préface J. MESTRE, PUAM, 1997, n°45 et s.

peut être la source de la reconnaissance d'un contrat¹⁸⁵⁶ : « dès lors que les "contractants" se comportent de telle façon que leurs agissements correspondent à l'exécution d'une situation reconnue par le droit, leurs rapports sont régis par le droit des contrats. La donnée objective que constitue la réalisation de l'objet de l'acte vient ici suppléer au défaut de l'élément subjectif ; les facteurs objectifs que sont les faits matériels d'exécution (...) pallient l'absence de déclaration de volonté »¹⁸⁵⁷. Ainsi, un commencement d'exécution peut non seulement manifester l'acceptation d'un contrat – comme l'y invite par exemple l'article 1985, alinéa 2 du Code civil¹⁸⁵⁸ en matière de mandat – mais peut également permettre « d'en inférer l'existence, alors qu'aucun des contractants n'a clairement exprimé sa volonté et sans qu'il soit possible de distinguer offre et acceptation »¹⁸⁵⁹. Partant, afin de faire produire des effets contractuels à des remises, pourtant consenties sans contrat, il pourrait être considéré que celles-ci s'analysent comme des commencements d'exécution : les parties manifesteraient donc tacitement leur volonté de conclure un contrat par la mise à disposition et la réception de la chose. Ainsi par exemple, il pourrait être considéré qu'une personne qui laisserait à la disposition d'une autre une place de parking sur un terrain lui appartenant, manifesterait tacitement sa volonté de s'obliger à la surveiller ; et corrélativement que l'autre y déposant son véhicule accepterait "l'offre" lui étant faite¹⁸⁶⁰.

352 - L'absence de volonté tacite de contracter dans les remises détachées du contrat : la manifestation d'une volonté tolérante. Afin de déterminer si ce type de situation peut être analysée ou non comme un contrat, il

¹⁸⁵⁶ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2002, Bull. civ. I, n°159, « le caractère consensuel d'un contrat n'impose pas que les volontés contractuelles soient formulées de manière expresse » ; Rapp. Proposition de réforme du droit des contrats, Art. 14 al. 2, la formation du contrat « peut résulter soit de l'acceptation d'une offre, soit du comportement des parties s'il exprime avec certitude leur accord » ; Principes UNIDROIT, Art. 2.1, « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord » ; Code européen des contrats, Art. 16 1), « l'acceptation est constituée par une déclaration ou par un comportement qui expriment clairement la volonté de conclure le contrat de manière conforme à l'offre ».

¹⁸⁵⁷ G. WICKER, *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préface J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 253, 1997, n°80.

¹⁸⁵⁸ Art. 1985 al. 2 C. civ., « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». La solution est étendue par la jurisprudence à toutes les matières, dès lors que l'acceptation n'est pas formellement encadrée. Il a ainsi pu être jugé que l'acceptation d'une vente peut être déduite de l'envoi des marchandises par le vendeur, Cass. civ. 9 janvier 1933, S. 1933, 1, p. 145. De même, le fait de monter dans un bus marque une acceptation tacite du contrat de transport, CA Grenoble, 14 avril 1958, D. 1958, p. 414, note R. RODIÈRE.

¹⁸⁵⁹ G. WICKER, *op. cit.*, n°81, l'auteur cite comme exemple le fait qu'en droit du travail « la jurisprudence tire du fait matériel de l'accomplissement d'un travail, dans le cadre d'un service organisé par l'employeur, l'existence d'un contrat de travail ».

¹⁸⁶⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 1978, Bull. civ. I, n°126.

convient de déterminer la frontière souvent ténue entre l'absence de volonté contractuelle et l'existence d'une volonté tacite. En d'autres termes, la question se pose de savoir si à l'acceptation d'une chose remise correspond nécessairement l'acceptation du contrat. Tout d'abord, il n'est guère envisageable de se référer à la volonté psychologique des contractants, puisque comme le note un auteur, il serait « *absolument vain de rechercher sur le plan subjectif une intention qui, par hypothèse, n'étant pas exprimée, ne peut être qu'hypothétique* »¹⁸⁶¹. C'est donc en adoptant une vision purement objective de la situation que l'existence d'un contrat peut être décelée à défaut de manifestation de volontés expresses. Il apparaît, en effet, qu'afin de contractualiser une situation de fait le juge s'écarte parfois de la recherche de la volonté des parties, pour apprécier les données objectives résultant de cette situation¹⁸⁶². L'existence du contrat est donc le fruit de la réalisation des prestations par les parties¹⁸⁶³. Ainsi, en matière de remise détachée du contrat, il serait tentant pour le juge de découvrir un contrat, caractérisé non par le consentement réciproque mais plutôt par l'opération de remise, composée de la mise à disposition et de la prise de livraison du bien. Néanmoins, l'opération de remise, prise isolément, ne semble guère en mesure de traduire l'existence d'un contrat. Il a, en effet, déjà pu être remarqué qu'en matière de prêt, la seule preuve de la remise ne permet pas de prouver l'existence du contrat¹⁸⁶⁴. Partant, il apparaît tout à fait concevable de considérer que la remise puisse se faire sans contrat.

¹⁸⁶¹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préface P. RAYNAUD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 117, 1971, n°116.

¹⁸⁶² Sur ce point, V. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, op. cit., n°566 et s. L'auteur prend notamment pour exemple l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 17 novembre 1987 (Bull. civ. I, n°300) qui affirme que « *le médecin avait exercé pendant six ans sa profession dans les locaux mis à sa disposition par la clinique, (...) il [en] résultait nécessairement (...) l'existence d'une convention entre les parties* ». Afin d'expliquer le fait que le juge puisse se passer de constater la volonté dans certaines hypothèses, l'auteur propose de distinguer entre la caractérisation par le juge de la formation du contrat et de son existence, « *la formation du contrat repose sur la volonté des intéressés alors que l'existence d'un lien contractuel surgit d'autre chose, à savoir la seule réalité du fait. C'est pourquoi lorsque le juge s'affranchit de toute recherche de volonté il préfère relever l'existence d'un lien contractuel qui traduit d'avantage (...) le fondement factuel de la relation* » (n°572).

¹⁸⁶³ J. MESTRE, RTD civ. 1989, p. 310, « *pour la Cour de cassation, la formation du contrat ne suppose pas ici exceptionnellement la rencontre initiale des volontés conscientes mais (...) elle découle mécaniquement et progressivement, au fur et à mesure de leur fourniture, des prestations réciproques des parties (presque à la manière d'un contrat réel, dans la formation duquel la volonté joue (...) un rôle moindre qu'à l'ordinaire)* ».

¹⁸⁶⁴ V. *Supra*, n° 304 ; V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1984, Bull. civ. I, n°324, « *la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue* » ; Rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, inédit, pourvoi n°05-16905, « *le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel, de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volontés* ».

Il ne saurait toutefois être nié que la remise manifeste, dans une certaine mesure, une volonté ; l'impossibilité de découvrir un contrat tenant alors à la nature de cette volonté. Celui qui remet une chose ou la reçoit dans le cadre d'une remise détachée du contrat n'a manifestement pas la volonté d'être lié, si son comportement peut se rapprocher de celui d'un contractant, il s'en éloigne aussitôt par le fait que le *tradens* n'est en aucun cas animé d'un quelconque *animus contrahendi*¹⁸⁶⁵. Affirmé de la sorte, le raisonnement peut paraître frustrant. S'il est admis que la volonté peut ne pas être contractuelle, il convient de déterminer quelle qualification lui attribuer. Ainsi, l'idée de tolérance semble parfaitement adaptée pour déterminer à quel titre intervient la volonté dans les remises détachées du contrat¹⁸⁶⁶. Dans les hypothèses de précaire ou d'essai, le *tradens* ne fait que tolérer l'usage temporaire du bien, et dans celles confinant au dépôt, l'*accipiens* tolère que la chose lui soit remise. Les caractéristiques propres de la tolérance rendent, en effet, parfaitement compte de la situation créée par une remise détachée du contrat. S'il y a bien une volonté, il n'y pas d'accord véritable. Comme le remarque un auteur, la tolérance « *ne suppose pas une volonté de modifier la situation juridique qui demeure caractérisée par le droit de l'un des protagonistes et l'autorisation précaire de l'autre* »¹⁸⁶⁷. Si, dans les remises détachées du contrat, le tolérant peut paraître « *peu soucieux de l'exercice de ses droits, il ne veut pas par contre remettre en cause leur étendue* »¹⁸⁶⁸ en se soumettant à la loi du contrat ; partant, il ne renonce pas non plus à son droit. Il pourrait être reproché à cette proposition le fait que parfois, la remise, bien que sans contrat, ne soit pas totalement désintéressée. Tel est par exemple le cas de certains essais, ceux-ci ayant vocation à permettre la formation de la vente¹⁸⁶⁹, l'intérêt potentiel généré par la remise excluant la qualification de tolérance. Pour autant, force est de constater qu'en dépassant le cadre des remises détachées du contrat, certaines situations,

¹⁸⁶⁵ Rappr. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit., n°473, qui en matière d'actes de courtoisie affirme que « *la courtoisie appartient à ces comportements non juridiques que le juge du contrat devrait toujours laisser en dehors de la sphère contractuelle. Cette extériorité résulte de la nature des choses : en effet, celui qui agit par courtoisie n'est pas animé par la volonté de se situer sur le terrain juridique et donc de se lier. Son comportement n'exprime que l'attention pour autrui, qu'un désir de rendre service. Il ne peut être interprété par le juge comme le signe de l'existence d'un contrat* » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, n°532, qui affirme que « *la gratuité reste de nature contractuelle, même si l'on peut parfois hésiter pour certains actes de courtoisie (par ex. entre internautes sur le web, freeware et shareware, ce dernier souvent sous forme d'essai gratuit, en vue d'une vente)* ».

¹⁸⁶⁶ Rappr. Cass. civ. 3^e, 15 avril 1982, Bull. civ. III, n°93, qui affirme que l'autorisation temporaire faite à un voisin de passer sur un terrain le temps des travaux ne s'analyse pas en une servitude. Dans cette hypothèse, si la volonté de laisser un passage à la disposition du voisin pendant un temps ne fait pas de doute, elle ne saurait pour autant caractériser l'existence d'une servitude conventionnelle.

¹⁸⁶⁷ J.-M. ROY, *La tolérance*, RRJ 1995, p. 502.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ V. *Supra*, n° 228 et s.

traditionnellement analysées comme de simples tolérances, sont pour le moins intéressées. Ainsi, lorsqu'un établissement de crédit accorde, à titre exceptionnel à l'un de ses clients des facilités de caisse ou "concours occasionnel"¹⁸⁷⁰, celui-ci agit non pas en vertu d'un contrat et d'une ouverture de crédit, mais au titre d'une simple tolérance¹⁸⁷¹. Or il est fort peu probable qu'en la matière, l'établissement de crédit agisse de façon totalement désintéressée. La remise détachée du contrat, même intéressée, semble donc pouvoir être analysée comme une tolérance¹⁸⁷². Cette qualification exclut toute caractérisation d'une volonté de contracter. Dans ces hypothèses la recherche de la volonté contractuelle, même tacite, serait donc vaine. À défaut de pouvoir découvrir cet *animus contrahendi*, la remise détachée du contrat paraît échapper à l'attraction de la qualification de contrat. Pour autant, certains mécanismes, essentiellement développés en Allemagne, mais dont l'intégration en droit français n'est pas proscrite, permettent malgré l'absence manifeste de volonté, de relier certaines situations de fait à un mécanisme contractuel.

§ 2. L'impossible caractérisation d'un contrat sans volonté : le rejet de l'hypothèse du contrat factice

353 - La notion de contrat factice¹⁸⁷³. Le contrat factice, concept développé par la doctrine allemande et plus particulièrement HAUPT¹⁸⁷⁴, permet de faire produire

¹⁸⁷⁰ Suivant l'appellation donnée par l'article L 312-12 CMF.

¹⁸⁷¹ En ce sens, V. par ex. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 7^e éd., 2008, n°628 ; F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN, *Caractérisation d'un concours occasionnel*, obs. sous Cass. com., 19 juin 2007, Revue de droit bancaire et financier 2007, comm. 212. Il est ici intéressant de noter la parenté de régime entre deux opérations issues de simples tolérances – la facilité de caisse et le précaire – en ce qu'elles sont toutes deux marquées par la grande précarité de la situation du bénéficiaire. Il a déjà pu être remarqué (V. *Supra*, n° 223) qu'à l'occasion d'un précaire, le *tradens* peut exiger la restitution de la chose à tout instant, sans avoir à respecter de préavis. Or il est frappant de noter qu'un établissement de crédit, ayant consenti un concours occasionnel à son client, peut y mettre un terme à tout moment sans préavis (V. par ex. Cass. com. 4 février 1977, Bull. civ. IV, n° 42 ; CA Nancy, 24 avril 2002, Jurisdata n°2002-198838), sans risquer de commettre un abus de droit (V. toutefois, admettant l'abus de droit, CA Aix-en-Provence, 26 mai 1976, D. 1977, inf. rap. p. 451, obs. M. VASSEUR).

¹⁸⁷² Rapp. M.-S. GIRAUDET, *Le service d'ami en droit civil français*, op. cit., p. 102 et 103, qui affirme que « la complaisance n'est nullement une attitude désintéressée (...). La complaisance signifie qu'en réalité nous sommes poussés par le désir de plaire en vue d'obtenir quelque chose en retour ».

¹⁸⁷³ Sur ce point V. P. ANCEL, *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, RDC 2004, p. 1087 ; sur cette notion V. également, C. WITZ, *Droit privé allemand*, Litec, 1992, n°168 et s. ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, avant-propos C. ATIAS,

des effets contractuels à une situation « *sans qu'il y ait véritablement contrat au sens d'accord de volontés, mais en raison de simples relations de fait, de "contacts sociaux" imposant de traiter les personnes concernées comme des contractants, qu'elles le veuillent ou non* »¹⁸⁷⁵. L'exemple utilisé afin de trouver une assise jurisprudentielle à la théorie concernait un aviateur qui, après s'être posé sur une piste d'atterrissage sans s'être annoncé – et donc en l'absence de tout contrat – s'était vu condamné à payer la taxe d'atterrissage¹⁸⁷⁶. La théorie a ainsi pu être généralisée « *à d'autres situations, où un utilisateur se comporte comme un contractant, sans en avoir nécessairement conscience, et sans pouvoir se soustraire à l'obligation de payer le service utilisé* »¹⁸⁷⁷. Les continuateurs de HAUPT, notamment LARENZ¹⁸⁷⁸, ont pu développer le concept par le truchement de la notion de "comportement social typique". L'idée correspond à la situation de contrats de masses dans lesquels ce n'est pas véritablement un accord de volontés qui forme le contrat mais « *la juxtaposition d'une offre de service et du simple fait pour l'utilisateur de profiter de la prestation offerte* »¹⁸⁷⁹. L'effet principal de la théorie est constitué par le fait que la personne adoptant ce "comportement social typique" se trouve engagée dans un contrat alors qu'elle aurait pu exprimer une volonté contraire ou être juridiquement incapable. Il doit cependant être relevé que si la théorie a, un temps, été retenue par la jurisprudence allemande, elle semble aujourd'hui abandonnée.

354 - L'inadaptation du régime du contrat factice à la remise détachée du contrat. Dans un système consensualiste, c'est-à-dire n'assignant « *à la forme [qu'] un rôle non substantiel* »¹⁸⁸⁰ dans le processus de formation du contrat, l'assimilation entre la remise détachée du contrat et le contrat factice pourrait paraître séduisante. Puisque les parties ont adopté le comportement typique de celui qu'auraient adopté des contractants, pourquoi, dès lors, ne pas les considérer comme tels ? L'assimilation permettrait, en effet, au juge de déduire d'une situation factuelle – la remise de la chose sans la volonté de créer un contrat, ni d'éteindre une dette –

préface, G. PIGNARRE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 480, n°416 et s. ; B. FAGES, *op. cit.*, n°59.

¹⁸⁷⁴ G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift für Silber*, T. 2, Leipzig, 1943, 5 ff, cité par P. ANCEL, préc., n°3, p. 1088.

¹⁸⁷⁵ P. ANCEL, préc., n°3, p. 1089.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, NJW 1956, p. 1897 ff, cité par P. ANCEL, préc., n°3, p. 1089.

¹⁸⁷⁹ P. ANCEL, préc., n°3, p. 1089.

¹⁸⁸⁰ V. FORRAY, *op. cit.*, n°419, l'auteur qualifie d'ailleurs le contrat de fait de « *paradigme consensualiste* ».

des conséquences contractuelles. Il deviendrait ainsi envisageable de retenir la responsabilité contractuelle d'un *accipiens* ne recevant un bien qu'à titre de complaisance, puisqu'en acceptant de recevoir la chose, il adopterait le comportement d'un dépositaire.

Certains éléments militent néanmoins pour le rejet de l'incorporation de la remise détachée du contrat à la théorie du contrat de fait. Tout d'abord, et pour reprendre l'une des causes de l'abandon du contrat de fait en droit allemand, il n'est pas évident que le champ d'application des deux notions soit identique. En Allemagne, dès 1971, la jurisprudence a limité l'application du contrat de fait aux seuls contrats de masse¹⁸⁸¹. Cette catégorie de contrats ne vise que les conventions non négociées par les parties et proposées indistinctement à un large public¹⁸⁸², la situation est tout autre dans les cas de remises détachées du contrat. Situées hors des conventions, elles ne sont, bien entendu, pas négociées ; mais les hypothèses visées sont situées à l'opposé du mécanisme du contrat d'adhésion. Ces remises sont, en effet, animées d'un esprit bien différent : elles ne sont pas proposées au public mais plutôt à une personne spécifique et n'interviennent que de façon très ponctuelle. Par ailleurs, la théorie du contrat de fait a été développée notamment pour pouvoir exiger du bénéficiaire – l'aviateur s'étant posé sur la piste d'atterrissage ou le mineur étant monté dans un tramway sans ticket – le paiement du prix de la prestation qui lui a été fournie¹⁸⁸³. Or les remises détachées du contrat s'inscrivent généralement dans un rapport purement gratuit, il serait, dès lors, peu concevable que l'une des parties demande le paiement d'une prestation accordée, par exemple, à titre de complaisance. Enfin, il semble que le recours à la notion de contrat de fait n'a pas pour vocation de modifier la qualification. La question n'est pas de savoir s'il y a ou non un contrat. Dans toutes les hypothèses ayant servi de base à la théorie, en l'absence de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, l'inexistence du contrat est avérée. Au contraire dans le cas des remises détachées du contrat, c'est la détermination de l'existence même du contrat qui peut poser problème : dans ces hypothèses il y a bel et bien un doute sur l'accord de volontés.

¹⁸⁸¹ BGH, 7 janvier 1971, cité par P. ANCEL, préc., n°4, p. 1090.

¹⁸⁸² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°460 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 2005, Communication commerce électronique 2006, n°1, comm. 10., « *les contrats de masse ne sont pas (...) individuellement négociés. Leurs conditions générales sont unilatéralement établies par une partie et l'autre n'a le choix que d'y adhérer ou de renoncer à l'opération* ».

¹⁸⁸³ P. ANCEL, préc., n°3, p. 1089 ; V. par ex. BGH 14 juillet 1956, « *le comportement de celui qui utilise l'aire de stationnement conduit à l'existence d'un rapport contractuel qui l'oblige à en payer le prix* », cité et traduit par C. WITZ, op. et loc. cit.

355 - Conclusion de section : la résistance à la qualification contractuelle. La proposition qui s'évince de ces développements relève du bon sens : la remise détachée du contrat ne peut être assimilée à un contrat. Cette démonstration constitue néanmoins un préalable indispensable à leur systématisation. Pour pouvoir être systématisées comme une institution juridique en marge du contrat, ces remises doivent, en effet, résister à l'attraction de la qualification contractuelle. Il apparaît alors nettement que les techniques permettant de caractériser une convention sont inefficaces en la matière. Tout d'abord, la volonté tacite de contracter ne saurait être découverte par le juge. Cela s'explique par le fait que le *tradens* et l'*accipiens* n'agissent pas en vertu d'un *animus contrahendi*, mais d'une volonté tolérante. Ensuite la théorie du contrat factice, en partie abandonnée dans son pays d'origine, ne serait guère plus efficiente en ce que les conséquences lui étant attachées ne sont pas compatibles avec celles de la remise détachée du contrat. Le régime de ces relations doit donc être recherché hors du contrat.

Section II L'inévitable application d'un régime extracontractuel

356 - Détermination du régime applicable aux remises détachées du contrat. Les remises détachées du contrat paraissent hermétiques à l'application du droit des contrats. Leur régime doit donc être découvert dans le champ de la responsabilité extracontractuelle. Dès lors, les éventuelles obligations pouvant naître accidentellement de ces remises, doivent être fondées sur le quasi-contrat ou la responsabilité délictuelle. L'assimilation des remises détachées du contrat aux quasi-contrats paraît presque naturelle puisqu'elles ressemblent fortement à des contrats, mais qu'elles ne peuvent être qualifiées de la sorte ; certains auteurs ont d'ailleurs pu affirmer avec force : « *un quasi-contrat, mais c'est quasi un contrat* »¹⁸⁸⁴. Séduisant à première vue, le rapprochement succombe toutefois à l'analyse (§1). Partant, les règles contractuelles et quasi-contractuelles étant écartées, et malgré l'éloignement apparent des mécanismes, les remises détachées du contrat semblent devoir être régies par les règles de la responsabilité délictuelle (§2).

§ 1. Le rejet de l'analyse quasi-contractuelle

357 - Parenté et opposition des quasi-contrats et des remises détachées du contrat. L'idée que la remise d'une chose, pourtant effectuée volontairement, échappe à l'emprise du droit des contrats est de nature à conduire le juriste, de façon presque spontanée, à lui appliquer une qualification proche de celle de contrat : celle de quasi-contrat. Deux positions pourraient alors être soutenues, celles-ci étant intimement liées à la définition retenue du quasi-contrat. Dans une vision restrictive de la notion¹⁸⁸⁵, c'est-à-dire en limitant ses potentialités aux seuls

¹⁸⁸⁴ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXXI, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VIII, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Pedone Lauriel, 1882, n°53.

¹⁸⁸⁵ Comme l'y invite par exemple, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. XX, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3e éd., 1878, n°309, qui considère que seuls doivent être retenus la répétition de l'indu et la gestion d'affaires ; Dans une mesure moins limitative, la doctrine

cas prévus par le Code, ou dans une certaine mesure par la jurisprudence, la remise détachée du contrat devrait se fondre dans le moule de la gestion d'affaires, de la répétition de l'indu ou de l'enrichissement sans cause. Dans une vision plus extensive de la notion¹⁸⁸⁶, il serait concevable que cette remise soit la source d'un quasi-contrat spécial : un quasi-contrat de remise. Ce rapprochement entre le mécanisme quasi-contractuel et la remise détachée du contrat semble autorisé par leur similarité notamment quant à leur mode de formation (A). Pour autant l'adéquation s'arrête là ; les deux institutions se séparant nettement dans leurs effets (B).

A. L'adéquation apparente entre quasi-contrat et remise détachée du contrat

358 - La parenté entre deux situations purement réelles. Si la parenté entre la remise détachée du contrat, situation purement réelle puisque n'existant que par la remise, et le quasi-contrat peut surprendre, ces notions semblent néanmoins partager certaines accointances. Ainsi, les quasi-contrats, envisagés dans leur ensemble sont parfois rapprochés du contrat réel. Comme le note un auteur, « *les quasi-contrats présentent tous un caractère réel très marqué, par rapprochement avec la notion de contrat réel. L'obligation naît en effet d'un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre ou, plus largement, d'un avantage reçu d'autrui* »¹⁸⁸⁷. La proximité entre la logique du contrat réel et celle du quasi-contrat se révèle également à l'étude du *promutuum*, c'est-à-dire le « *quasi-contrat par lequel celui qui reçoit une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui lui a été payée par erreur, contracte envers celui qui la lui a payé par erreur, l'obligation de lui*

majoritaire semble concevoir une application des quasi-contrats fondée sur les mouvements de valeur non justifiés, en ce sens V. par ex. J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations, op. cit.*, n°1213 et s., qui intitule la partie consacrée aux quasi-contrats « *l'avantage reçu d'autrui comme source d'obligation* » ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007, n°744 et s., dont la partie est intitulée, « *l'obligation de compenser l'avantage injustement reçu d'autrui* ».

¹⁸⁸⁶ V. par ex., J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, RTD civ. 1969, p. 652 et s.

¹⁸⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 1^{ère} éd., 2007, n°187. L'auteur n'assimile toutefois pas les deux notions – la présentation n'ayant qu'une visée explicative du mécanisme de formation du quasi-contrat – en affirmant que « *cependant, à la différence du contrat réel, l'élément matériel suffit à former le quasi-contrat sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu en outre un échange de consentements* » ; Adde, M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préface A. SÉRIAUX, Economica, 1997, n°80 et s.

en rendre autant »¹⁸⁸⁸. Si en réalité le recours à la notion de *promutuum* n'est guère utile dans un système admettant la répétition de l'indu¹⁸⁸⁹, l'identité de régime entre ce quasi-contrat et le prêt de consommation est frappante. Les deux institutions se forment, et ne produisent d'effets de droit, que par la remise et donnent naissance à la même obligation : celle de restitution¹⁸⁹⁰. Prêt de consommation et *promutuum* se distinguent donc essentiellement dans l'absence d'accord de volontés entre les parties¹⁸⁹¹. Or il a pu être remarqué que l'absence d'*animus contrahendi* constituait justement la frontière entre le contrat et la remise détachée du contrat. Cette dernière pourrait alors avoir vocation à être juridicisée par le truchement du quasi-contrat : malgré l'absence d'accord de volontés, les juges bénéficieraient ainsi d'un outil permettant d'appliquer un régime proche de celui du contrat. Celui-ci autoriserait notamment à permettre la caractérisation et un fondement à l'obligation de surveillance dans les situations confinant au dépôt.

359 - Le quasi-dépôt, jonction entre quasi-contrat et remise détachée du contrat ? Partant de la proximité entre le quasi-contrat et le contrat réel, un auteur propose de voir dans certaines situations, situées à la limite du contrat et de la remise détachée du contrat, un "quasi-dépôt"¹⁸⁹². Cette catégorie vise la situation dans laquelle « *quelqu'un se trouve détenteur d'une chose appartenant à un tiers, plus ou moins à son insu, et [doit] dès lors veiller à la bonne conservation de ce bien* »¹⁸⁹³.

¹⁸⁸⁸ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. V. *op. cit.*, n°132.

¹⁸⁸⁹ V. la note de BUGNET, in R.-J. POTHIER, *op. et loc. cit.*, note 1, « on voit que ce que Pothier appelle *promutuum* n'est rien autre chose que le paiement de non dû, lorsqu'il s'agit d'une quantité : il était peut-être assez inutile d'imaginer ce nom de *promutuum* ».

¹⁸⁹⁰ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°133, 3°, « le principal rapport qu'a le *promutuum* avec le *mutuum* consiste dans la parfaite ressemblance des obligations qui en naissent ; car de même que, par le contrat [de] *mutuum*, l'emprunteur qui a reçu une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, est obligé envers le prêteur de qui il l'a reçue, à lui rendre une pareille somme ou quantité ; de même par le *promutuum*, celui qui a reçu par erreur le paiement d'une certaine quantité de choses fongibles qui ne lui était pas due, est obligé envers celui de qui il l'a reçue, et qui lui a payée par erreur, à lui rendre une pareille somme, ou une pareille quantité » ; Adde, V. FORRAY, *Re contrahitur obligatio ? La survie de l'hypothèque au contrat de prêt annulé*, note sous, Cass. civ. 3^e, 5 novembre 2008, LPA 12 mai 2009, p. 3 et s.

¹⁸⁹¹ V. néanmoins les développements de M. DOUCHY, *op. cit.*, n°81, qui dresse l'inventaire des distinctions entre le contrat et le quasi-contrat. Ainsi par exemple, l'auteur note que « dans le contrat de prêt, l'emprunteur est traité comme un accipiens de mauvaise foi ; il répond aux termes des articles 1882 et 1883 C. C. de la perte de la chose par cas fortuit. Le prêteur n'est obligé au remboursement que des dépenses "extraordinaires, nécessaires et urgentes" faites par l'emprunteur de la chose art. 1890 C. C.), alors que le solvens doit tenir compte à l'accipiens de toutes "les dépenses utiles et nécessaires qui ont été faites" (art. 1381 C. C.) ».

¹⁸⁹² J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°33121 ; et du même auteur, RTD civ. 1986, p. 142, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1985 ; Comp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°864, note 14, qui, sous l'appellation « *quasi-dépôt* », visent les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence découvre une obligation accessoire de surveillance.

¹⁸⁹³ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. et loc. cit.*

Dans cette hypothèse il est impossible de caractériser l'existence d'un contrat, faute d'accord des volontés ; néanmoins par leur comportement, les parties se placent dans une situation juridique proche d'une situation contractuelle. C'est donc par le recours au quasi-contrat de gestion d'affaires que les juges pourraient découvrir une obligation de garde à la charge de l'*accipiens*¹⁸⁹⁴. Pour autant la théorie du "quasi-dépôt" ne semble pas viser une véritable remise détachée du contrat. L'auteur prend comme point de départ l'affaire dite des « *deux fusils* », dans laquelle un oncle et son neveu s'étaient mutuellement confiés leurs fusils, peu avant la seconde guerre mondiale. Durant l'occupation, suite à l'ordre fait aux français de livrer les armes à feu à l'armée allemande, l'oncle s'exécuta, alors que le neveu conserva et cacha le fusil. À la fin de la guerre, le premier demanda à ce qu'on lui restitue son fusil, ce à quoi, le second se refusa. Le tribunal décida alors que le neveu avait agi au titre de la gestion d'affaires et le condamna à restituer mais lui alloua une indemnité, pour les risques encourus. L'analyse de la décision montre toutefois qu'à l'origine, il y a bien un contrat entre les parties, celles-ci s'étant mutuellement consenties un prêt à usage¹⁸⁹⁵. La remise n'est donc pas ici consentie sans contrat. Les règles de la gestion d'affaires étant ici invoquées par le juge car l'activité du neveu – la dissimulation de la chose malgré l'injonction faite au détenteur d'armes de s'en déposséder – dépasse l'activité normalement prévue par le contrat¹⁸⁹⁶. C'est donc afin de suppléer les règles de la responsabilité contractuelle qu'il est fait appel au quasi-contrat. Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce il n'y a pas à proprement parler de remise détachée du contrat, la mise à disposition des fusils étant intervenue au titre d'un prêt à usage. Si la démonstration n'a pas pour objet d'apprécier l'idée même de l'existence de situations de "quasi-dépôt", elle constitue, semble-t-il, une première étape dans l'éloignement des remises détachées du contrat et des quasi-contrats.

¹⁸⁹⁴ Trib. paix Candé, 27 novembre 1945, D. 1947, p. 387, note A. TUNC.

¹⁸⁹⁵ La décision dispose en effet que « *l'obligation de restituer qui lui incombait en sa qualité d'emprunteur en vertu des dispositions du code civil relatives au prêt à usage (...)* ».

¹⁸⁹⁶ A. TUNC, note préc., p. 389, suivant qui l'exclusivité des règles de la responsabilité contractuelle « *ne vise que les règles qui troubleraient ce qui est exactement dans le champ contractuel. Dès lors qu'il s'agit d'une activité tendant à un but non prévu par le contrat (...), ou, ce qui revient au même au point de vue juridique (...) d'une diligence supérieure à celle qu'impose le contrat en vue du résultat prévu, le contrat perd de sa valeur juridique exclusive pour n'être plus qu'un fait juridique* ».

B. L'inadéquation avérée entre quasi-contrat et remise détachée du contrat

360 - L'inadaptation des quasi-contrats nommés à la remise détachée du contrat. Au-delà de l'inadaptation de l'idée du concept de "quasi-dépôt", les différents quasi-contrats ne paraissent guère adaptés dans la recherche d'un régime propre aux remises détachées du contrat. Tout d'abord, ces remises ne correspondent pas à des hypothèses de gestion d'affaires¹⁸⁹⁷. Définie comme « l'acte par lequel une personne (...) s'immisce dans les affaires d'une autre (...) sans avoir reçu mandat de celle-ci et pour lui rendre service »¹⁸⁹⁸, la gestion d'affaires partage pourtant une certaine communauté de vue avec la remise détachée du contrat¹⁸⁹⁹, notamment lorsque cette dernière intervient à titre de pure complaisance¹⁹⁰⁰. Ainsi, la jurisprudence a, un temps, pu recourir à ce quasi-contrat en matière d'assistance et sauvetage¹⁹⁰¹. Néanmoins, la gestion d'affaires ne saurait constituer un réceptacle idoine à la remise détachée du contrat. Si l'ignorance totale de la gestion de la part du maître n'a pas à être démontrée nécessairement¹⁹⁰², il ne doit pas l'avoir autorisée¹⁹⁰³. Or dans les cas de remises détachées du contrat, il est indéniable que les parties autorisent la remise. Par exemple, il serait aisé d'affirmer que, dans une hypothèse proche du dépôt, l'*accipiens*, recevant le bien, agirait au titre d'une gestion d'affaires et pourrait notamment être tenu de « continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever »¹⁹⁰⁴. Cependant, dans cette hypothèse, comment nier le fait que la situation a été souhaitée tant par le *tradens* que par l'*accipiens* ? La mise à disposition du bien

¹⁸⁹⁷ Pour l'inapplication de la gestion d'affaires au dépôt nécessaire, V. *Supra*, n° 211.

¹⁸⁹⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°1031.

¹⁸⁹⁹ Comp. J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, préc., spéc., n°31 et s.

¹⁹⁰⁰ V. *Supra*, n° 216 et s.

¹⁹⁰¹ V. par ex., CA Lyon, 17 juin 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 49. Défendant l'idée que la gestion d'affaires aurait vocation à régir ces hypothèses, V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, op. cit., n°175 ; J.-L. AUBERT, JCP 1970, II, 16445 ; R. BOUT, *La convention dite d'assistance*, in *Études offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 157 et s. Une telle position semble toutefois aujourd'hui abandonnée, la Cour de cassation retenant en la matière l'existence d'une convention d'assistance bénévole, Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1969, Bull. civ. I, n°375 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, Bull. civ. I, n°42.

¹⁹⁰² V. toutefois, J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations*, op. cit., n°1214, si le maître « en a connaissance, on peut douter, malgré l'article 1372, qu'une gestion d'affaires soit encore possible ».

¹⁹⁰³ En ce sens, V. par ex., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, T. 2, *le fait juridique*, Sirey, 12^e éd., 2007, n°5 ; Ph. Le TOURNEAU, Rep. Civ. Dalloz, V° *Gestion d'affaires*, mars 2008, n°40 et s.

¹⁹⁰⁴ Art. 1372 C. civ.

et sa réception étant purement volontaires, la surveillance de la chose par l'*accipiens* n'est en aucun cas réalisée dans l'ignorance du *tradens*.

Dans une vision proche, il pourrait être proposé de faire naître dans les remises détachées du contrat un quasi-contrat de répétition de l'indu. Lorsque la remise est détachée du contrat par définition elle intervient alors qu'il n'y a entre les parties aucun lien de nature contractuelle : elles ne sont ni débitrice ni créancière. La situation tendrait donc vers un indu objectif¹⁹⁰⁵. La tendance est d'ailleurs renforcée, puisque depuis l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 2 avril 1993¹⁹⁰⁶, il n'est plus nécessaire de démontrer l'erreur du *solvens* pour obtenir la répétition du paiement effectué indûment. Partant, une personne ayant remis un bien sans contrat – par exemple dans le cadre d'un précaire – et souhaitant obtenir la restitution pourrait se fonder sur la répétition de l'indu. Néanmoins, dans cette hypothèse, si l'*accipiens* n'a aucunement vocation à utiliser durablement la chose, le *tradens* en tolère l'utilisation ; la remise n'est, par conséquent, pas induue. Contrairement à une éventuelle remise justifiant l'application de la répétition de l'indu – telle, par exemple, l'hypothèse dans laquelle un assureur indemnise l'assuré dans un cas exclu par la police¹⁹⁰⁷ – la remise détachée du contrat a un fondement juridique, une justification¹⁹⁰⁸ : la tolérance. Le détour par la répétition de l'indu pour fonder l'action en restitution n'apparaît dès lors ni souhaitable ni recevable. L'inapplication de la répétition de l'indu à la remise détachée du contrat amène à dresser un constat plus général : aussi étonnant que cela puisse paraître, ce qui a été transmis sans être dû, n'était pas nécessairement indu.

361 - L'impossible découverte d'un quasi-contrat innommé. Dégagé par la jurisprudence¹⁹⁰⁹ afin de pallier le défaut de « *toute autre action ouverte au demandeur* »¹⁹¹⁰, l'enrichissement sans cause ne semble pas non plus être applicable à la remise détachée du contrat. Pour que l'action *de in rem verso*, puisse être mise en

¹⁹⁰⁵ L'indu objectif trouve à s'appliquer lorsque le paiement réalisé est dépourvu de cause tant pour le *solvens* que l'*accipiens*. Sur cette notion, V. par ex. I. DEFRENOIS-SOULEAU, *La répétition de l'indu objectif, pour une application sans erreur de l'article 1376*, RTD civ. 1989, p. 243 et s. ; Certains auteurs préfèrent employer l'expression d'indu « *absolu* », J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n°21.

¹⁹⁰⁶ Cass. A.P., 2 avril 1993, Bull. A.P. n°9 ; D. 1993, p. 373, concl. M. JÉOL ; D. 1994, somm. p. 14, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1993, p. 820, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁰⁷ L'exemple est emprunté à A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n°471.

¹⁹⁰⁸ L'idée suivant laquelle l'absence de justification de la prestation effectuée est « *la condition substantielle à tout quasi-contrat* », est défendue par M. DOUCHY, *op. cit.*, n°29 et s.

¹⁹⁰⁹ Cass. req., 15 juin 1892, S. 1893, 1, p. 281.

¹⁹¹⁰ Cass. civ. 3^e, 29 avril 1971, Bull. civ. III, n°276, RTD civ. 1971, p. 842, obs. Y. LOUSSOUARN.

œuvre, trois conditions doivent être réunies : l'enrichissement de l'un, l'appauvrissement de l'autre, et un lien de causalité, le second étant la cause du premier¹⁹¹¹. Dans la remise détachée du contrat il est alors difficile de percevoir ces conditions. L'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif y sont difficilement caractérisables. Si la remise traduit bien un mouvement de valeur, le transfert du bien n'est que temporaire, et ne saurait donc avoir vocation à durer. Or il est possible de considérer, à la suite d'un auteur, que l'aspect définitif du dessaisissement est une condition indispensable à l'enrichissement sans cause¹⁹¹² : seule la perte de la propriété du bien pourrait fonder l'action. L'appauvrissement n'étant pas définitif, il ne semble pas pouvoir fonder un enrichissement sans cause. Ce quasi-contrat ne saurait donc régir les remises détachées du contrat.

Afin de fonder les obligations naissant de situations de fait, certains auteurs proposent d'y découvrir des quasi-contrats spéciaux innommés. Il en est notamment ainsi en matière d'assistance bénévole¹⁹¹³, ou de société créée de fait¹⁹¹⁴. La tendance semble d'ailleurs avoir été initiée par la jurisprudence en créant le quasi-contrat de loteries publicitaires¹⁹¹⁵, fondé sur l'espérance d'un gain. Ces propositions semblent en accord avec l'esprit ayant animé les codificateurs, qui distinguaient les faits en deux catégories : les faits licites donnant naissance aux quasi-contrats et les faits illicites

¹⁹¹¹ Sur l'idée qu'en matière de quasi-contrat le causalisme est « exacerbé », V. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préface Ph. BRUN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 99, 2010, n°372 et s.

¹⁹¹² M. DOUCHY, *op. cit.*, n°12, qui conteste l'idée soutenue par certains (N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, n°202) affirmant que les termes « paiement indu » seraient inadaptés du fait de l'absence d'effet extinctif dans le cadre du quasi-contrat. Selon cet auteur « le paiement est (...) davantage caractérisé par le transfert définitif d'une chose à autrui (...). Le bien transmis n'appartient plus à celui qui s'en est dépossédé », et n°13, « l'appauvrissement, perte économique, est lié directement à la propriété de la chose lato sensu, qui par le seul transfert se détache d'une personne pour appartenir à une autre ».

¹⁹¹³ V. par ex. L. CAMPION, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927, n°42 ; M. DOUCHY, *op. cit.*, n°117 ; G. VINEY, JCP 1998, I, 144, spéc. n°7 ; Ph. Le TOURNEAU, *Rep. Civ. Dalloz, Quasi-contrat*, avril 2008, n°58.

¹⁹¹⁴ F.-X. LUCAS, *La société dite « créée de fait »*, in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737, spéc. p. 749 ; S. VACRATE, *La société créée de fait, essai de théorisation*, préface H. LÉCUYER, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 405, 2003, n° 770 et s. ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, *op. cit.*, n°369 et s., et du même auteur, *Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage*, D. 2010, p. 718.

¹⁹¹⁵ Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, Bull mixte, n°4, D. 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; Defrénois 2002, art. 37644, n°92, note É. SAVAUX ; CCC 2002, comm. 151, obs. G. RAYMOND ; Dr. et patr. 2002, n°104, p. 28, note C. ASFAR ; RLDA 2002, n°54, obs. J. MESTRE ; Adde, Ph. BRUN, *Loteries publicitaires trompeuses, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 191 et s. ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, t. 23, 2006, n° 178 et s., qui propose de voir dans les loteries publicitaires, un « quasi-engagement ».

constituant des délits ou des quasi-délits¹⁹¹⁶. Partant, l'idée que puisse naître, à l'occasion d'une remise détachée du contrat un quasi-contrat de remise pourrait être développée. La définition générale du quasi-contrat posée en des termes larges par l'article 1371 du Code civil¹⁹¹⁷ semble, en effet, autoriser le rapprochement. La remise est bien, dans ces hypothèses, un fait volontaire. Comme il a déjà pu être remarqué, la réception de la chose par l'*accipiens* suite à sa mise à disposition par le *tradens*, ne peut qu'être issue de volontés. De plus, de cette remise, peuvent naître certains engagements : la restitution et, dans certains cas, la conservation du bien. Séduisante en apparence, la proposition ne saurait toutefois emporter l'adhésion. La conception du quasi-contrat, n'est plus aujourd'hui uniquement fondée sur l'idée qu'il naisse d'un fait juridique licite. Dans une conception plus moderne, le fait juridique en question doit avoir procuré un avantage à autrui, les quasi-contrats sont donc analysés comme les « fait[s] qui procure[nt] à autrui un avantage auquel il n'a pas droit »¹⁹¹⁸. Or d'une manière générale, l'aspect injustifié de la commutation envisagé comme une source de l'application du régime quasi-contractuel, constitue le point d'achoppement des quasi-contrats et de la remise détachée du contrat. Comme il a déjà pu être remarqué par rapport à la répétition de l'indu¹⁹¹⁹, dans une remise détachée du contrat, si la tradition n'est pas justifiée par l'existence préalable d'une convention entre les parties, elle n'est pas pour autant totalement injustifiée. La source d'une telle remise est la tolérance, certes exclusive d'une volonté contractuelle, mais non de toute volonté. Une conclusion s'impose alors. La remise détachée du contrat marque son autonomie : tirant sa source tant dans le fait de la remise que la manifestation d'une volonté

¹⁹¹⁶ M. TREILHARD, in FENET, T. XIII, *op. cit.*, p. 465, « les faits qui peuvent donner lieu à ces engagements sont ou permis ou licites. Les faits permis forment ce que l'on a appelé les quasi-contrats ; les faits illicites sont des délits ou des quasi-délits (...) » ; Comp. M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, préc., p. 224, qui estime quant à lui que les obligations quasi-contractuelles naissent d'un fait illicite.

¹⁹¹⁷ Art. 1371 C. civ., « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

¹⁹¹⁸ Art. 1101-2 al. 2 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Cet article reprend l'analyse menée par J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n°1213, qui oppose ainsi les « faits juridiques profitables » emportant l'application du régime quasi-contractuel et les « faits juridiques dommageables », emportant l'application du régime délictuel. Ce critère semble avoir convaincu la majorité de la doctrine, V. par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n°1 ; Ph. Le TOURNEAU, *Rep. Civ. Dalloz, Quasi-contrat*, n°15 ; Comp. M. DOUCHY, *op. cit.*, n°97, qui, dans une certaine mesure écarte l'aspect injustifié, en affirmant que dans un quasi-contrat, « l'engagement naît de la commutation, et résulte d'un comportement spontané » ; F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n°346 et s. qui critique l'analyse majoritairement retenue en doctrine pour retenir comme fait constitutif du quasi-contrat « l'appauvrissement spontanément consenti sans contrepartie patrimoniale et sans intention libérale » (n°347).

¹⁹¹⁹ V. *Supra*, n° 360.

tolérante, elle se situe en réalité à mi-chemin entre le contrat et le quasi-contrat. Elle justifie ainsi que lui soit appliqué un régime distinct.

§ 2. L'application des règles de la responsabilité délictuelle

362 - L'éventuelle responsabilité de l'accipiens en cas de perte ou de détérioration de la chose remise. La remise détachée du contrat ne saurait entraîner l'application des responsabilités contractuelle ou quasi-contractuelle ; pour autant, dans certaines hypothèses, un litige peut naître entre les parties. Le rapport ne saurait donc trouver son issue que dans les règles délictuelles. La solution se comprend, la remise détachée du contrat est basée sur la tolérance, proche des rapports de courtoisie, or il est généralement admis que la responsabilité engagée à l'occasion d'actes de simple courtoisie ne peut être que délictuelle¹⁹²⁰.

Tout d'abord, il est envisageable que dans l'usage ou la garde de la chose, celle-ci soit détruite ou endommagée. La question se pose alors de savoir si la perte de la chose, ou la diminution de sa valeur, peut être imputée à l'accipiens. Classiquement si l'usage ou la conservation de la chose était causé par un contrat, de prêt ou de dépôt par exemple, l'accipiens devrait être présumé fautif. Dès lors, il pourrait voir sa responsabilité engagée¹⁹²¹, sauf pour lui à rapporter la preuve de la force majeure, ou dans certains cas de son absence de faute. Tout autre doit être la situation dans l'hypothèse d'une remise détachée du contrat. Puisque l'accipiens n'est pas tenu d'une véritable obligation contractuelle, il ne saurait être considéré mécaniquement comme le responsable de la perte de la chose. Au contraire, faute d'accord de volontés, seules les règles de la responsabilité délictuelle ont vocation à

¹⁹²⁰ V. par ex. pour l'autorisation faite par un restaurateur d'utiliser son téléphone à un client, Cass. req., 13 novembre 1945, D. 1946, j. p. 20 ; pour une leçon de conduite à titre gracieux, Cass. civ. 2^e, 22 juin 1955, Bull. civ. II, n° 353.

¹⁹²¹ Pour une application de cette présomption de faute dans un prêt à usage, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n°3 53, D. 1995, somm. p. 118, note Ph. DELEBECQUE, « attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait retenu que la contamination de la parcelle était la conséquence de son utilisation par l'emprunteur, ce qui laissait subsister la présomption de faute pesant sur celui-ci, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'association Ball-trap de Bournan démontrait avoir veillé en bon père de famille à la conservation de la chose prêtée, n'a pas donné de base légale à sa décision », (nous soulignons). Pour une application en matière de dépôt, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, inédit, pourvoi n°04-19972, « si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui appartient, en cas de détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins qu'il aurait apportés à la garde des choses lui appartenant ou en démontrant que la détérioration est due à la force majeure ».

s'appliquer. C'est donc au *tradens* souhaitant engager la responsabilité de l'*accipiens*, de démontrer l'existence d'une faute commise par ce dernier. Cette règle, qui constitue une protection, se comprend parfaitement : il n'a aucun droit sur ou à la chose, n'a jamais manifesté la volonté d'être l'obligé du remettant et n'a donc aucunement souhaité assumer une quelconque obligation de conservation. Pour autant, en partant du principe qu'il a entre ses mains une chose ne lui appartenant pas et qu'à ce titre l'*accipiens* doit faire preuve d'une certaine diligence, il est envisageable de reconnaître à son égard une faute. Tel serait par exemple le cas si celui-ci se montrait négligent ou malveillant, notamment en abandonnant la chose confiée voire en la laissant dépérir.

363 - Détermination du responsable en cas de dommage causé par la chose à l'*accipiens* ou à un tiers. Plus épineux est le problème posé lorsque c'est la chose qui cause un dommage à l'*accipiens* ou à un tiers. L'article 1384 du Code civil, lie la responsabilité du fait de la chose à la qualité de gardien¹⁹²². Toute la question est donc de savoir, si à l'occasion d'une remise détachée du contrat, celui ayant accepté la chose en est effectivement le gardien. Deux éléments devraient permettre d'y répondre. Tout d'abord, la jurisprudence fait peser une présomption de garde sur le propriétaire de la chose¹⁹²³. Ensuite, depuis l'arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation, le 2 décembre 1941¹⁹²⁴, la jurisprudence retient de la garde une conception matérielle, celle-ci se caractérisant par des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle sur la chose. Ainsi, dans une remise détachée du contrat, le propriétaire de la chose est présumé en être demeuré le gardien, mais il peut démontrer qu'il a transféré la garde à l'*accipiens*, en rapportant la preuve qu'il n'avait plus, au moment du dommage, les pouvoirs en question.

Lorsque la remise intervient dans le cadre d'un contrat, en exécution d'une obligation ou en tant que condition de formation, il est en principe admis que s'opère un transfert de la garde de la chose¹⁹²⁵. Il doit néanmoins être précisé que « de telles

¹⁹²² Art. 1384 C. civ., « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

¹⁹²³ V. par ex. Cass. req. 12 janvier 1927, DP 1927, I, p. 145, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 5 janvier 1956, D. 1957, p. 261, note R. RODIÈRE ; Sur ce point, V. Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble, 1993, p. 106 et s.

¹⁹²⁴ Cass. ch. réunies 2 décembre 1941, *Franck*, S. 1941, I, p. 217, note H. MAZEAUD ; DC 1942, p. 25, note G. RIPERT.

¹⁹²⁵ En matière de prêt à usage, V. par ex. Cass. civ. 12 novembre 1951, Bull. civ. I, n°295, « celui auquel est abandonnée la libre disposition d'une automobile en vertu d'un contrat de prêt à usage, en est également constitué le gardien pendant la durée du contrat » ; Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, Bull. mixte, n°7, JCP 1971, II, 16957, note N. DEJEAN de la BÂTIE. Le commentateur de l'arrêt estime d'ailleurs que « le prêt à usage détruit la présomption de garde

conventions n'opèrent (...) pas en elles-mêmes un tel transfert »¹⁹²⁶. La solution inverse doit, en effet, être retenue lorsque le propriétaire a, malgré le contrat, conservé sur la chose une certaine autorité¹⁹²⁷. Tel est par exemple fréquemment le cas en matière de dépôt consenti à titre gratuit¹⁹²⁸, le dépositaire n'étant pas considéré gardien de la chose¹⁹²⁹. Si la solution est parfois source d'hésitations jurisprudentielles¹⁹³⁰, elle se comprend parfaitement puisque le dépositaire, ne pouvant en principe user de la chose, ne saurait acquérir les pouvoirs nécessaires à la qualité de gardien¹⁹³¹. Or il semble que la notion même de remise détachée du contrat se cristallise sur ce dernier point : dans ces situations, le propriétaire conserve presque nécessairement un pouvoir, une maîtrise de la chose. Force est alors de constater que, bien souvent, les remises détachées du contrat n'emportent pas le transfert de la garde à l'*accipiens*. L'affirmation se vérifie lorsque cette remise se rapproche d'un dépôt. Ainsi, la jurisprudence a pu affirmer que lorsqu'une personne accepte de veiller quelques instants sur un animal, elle n'acquiert pas les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle constitutifs de la garde¹⁹³². La solution est similaire si la remise détachée du contrat emporte l'usage de la chose. Il a, en effet,

pesant a priori sur le propriétaire » ; En matière de bail, V. Cass. civ. 2^e, 12 décembre 2002, Bull. civ. II, n°288, D. 2003, p. 454, obs. N. DAMAS, « *le locataire d'un bien dont la garde lui a été transférée est responsable du dommage causé par ce bien en application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil* » ; Rapp. J.-M. FLORAND, *La présomption de garde*, thèse, Paris, 1985, p. 25 qui estime que la présomption de garde pèse également sur les emprunteurs, locataires ou dépositaires.

¹⁹²⁶ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009, n°371 ; Rapp. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°199, « *la garde ne se confond pas avec la détention qui consiste à avoir la disposition matérielle d'une chose tout en reconnaissant la propriété d'autrui ; l'emprunteur est un détenteur sans être nécessairement gardien, car la garde ne suppose pas seulement un contact matériel, mais aussi la maîtrise de la chose* ».

¹⁹²⁷ V. Par ex., Cass. civ. 12 mars 1959, S. 1960, p. 252 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. II, Sirey, 2^e éd., 1934, n°1179.

¹⁹²⁸ Certains auteurs affirment que la situation est identique lorsque le dépôt est salarié. En ce sens, V. A. TUNC, *Le contrat de garde*, op. cit., n°116.

¹⁹²⁹ V. par ex. Cass. civ. 2^e, 25 avril 1968, Bull. civ. II, n°115.

¹⁹³⁰ V. retenant que le dépositaire devait être considéré comme le gardien de la chose déposée, Cass. req. 30 avril 1934, S. 1934, 1, p. 383 ; Cass. civ. 2^e, 30 novembre 1966, D. 1967, p. 126 ; Adde, N. DEJEAN de la BÂTIE in C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. VI-2, *Responsabilité délictuelle*, Librairies techniques, 8^e éd., 1989, n°129, §448 bis, qui considère qu'« *il est banal que la garde passe (...) au dépositaire* ».

¹⁹³¹ En ce sens, H. et L. MAZEAUD, obs. sous T. civ. Valenciennes, 26 septembre 1958, RTD civ. 1959, p. 96 ; de ce constat un auteur (B. LOTTI, J.-Cl. Contrats – distribution, fasc. 2130, *Dépôt*, 9 décembre 2008, n°57) propose de considérer que le dépositaire devient gardien de la chose, lorsque « *le contrat autorise le dépositaire à se servir de la chose* », lorsqu'il « *viole ouvertement l'article 1930* » du Code civil, et enfin lorsque « *le contrat est muet mais le propriétaire déposant prétend qu'il résulte des circonstances qu'il y a eu un transfert volontaire des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle* ».

¹⁹³² Cass. civ. 2^e, 7 juin 1967, D. 1967, p. 694.

pu être jugé que la remise temporaire d'une tondeuse à gazon, présentant toutes les caractéristiques du précaire ne pouvait transférer la garde de cette chose¹⁹³³. Il en a notamment été de même à l'occasion de l'essai précédant la vente d'un bateau¹⁹³⁴, ou encore lorsque le client d'un magasin en libre service se saisit d'une marchandise¹⁹³⁵. Il n'est pas question ici d'affirmer que l'*accipiens*, dans une remise détachée du contrat, ne peut jamais être considéré comme étant le gardien de la chose. Au contraire, dans certaines situations, notamment si, à l'occasion d'un précaire, l'usage de la chose se prolongeait, il est fort probable que les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle lui soient reconnus ; partant, il deviendrait gardien. Néanmoins, cette hypothèse apparaît marginale, les remises détachées du contrat étant marquées par l'aspect informel et ponctuel de la relation.

364 - Synthèse. Bien que proches des situations contractuelles, les remises détachées du contrat s'en distinguent. Fondées sur l'idée de tolérance accordée par l'une des parties à l'autre, de telles remises ne peuvent être régies que par les règles de la responsabilité délictuelle. Malgré la proximité qu'elles entretiennent avec les quasi-contrats, elles ne peuvent toutefois y être assimilées. Le concept même de quasi-contrat, fondé sur l'idée d'un mouvement de valeur non justifié, démontre l'inadéquation avec la remise détachée du contrat. Dans ces dernières, si la remise n'est pas causée par un contrat, elle est toutefois volontaire : à l'*animus contrahendi*, indispensable à la caractérisation d'un contrat, est substituée, en la matière, une volonté empreinte de tolérance. Partant, puisque les remises détachées du contrat sont situées hors du droit des contrats et des quasi-contrats, l'éventuel conflit entre le *tradens* et l'*accipiens* ne peut être résolu, à défaut d'un texte spécial, que par le recours à la responsabilité délictuelle. Ce régime paraît protecteur de l'*accipiens* à un double titre. Tout d'abord, dans l'hypothèse où la chose remise serait détruite ou détériorée, l'indemnisation du *tradens* serait subordonnée à la démonstration de la faute de son partenaire. Ensuite, si la chose causait un dommage par son fait, ce dernier n'en étant pas nécessairement le gardien, il n'en serait pas mécaniquement responsable.

¹⁹³³ Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, Bull. civ. II, n°201.

¹⁹³⁴ CA Aix-en-Provence 12 juin 2002, Jurisdata n°2002-181259. Le terme "essai" étant ici entendu dans un sens large, le contrat en cause, s'il avait été conclu, aurait pu être qualifié de vente à la dégustation, non de vente à l'essai, sur ce point, V. *Supra*, n° 230 et s.

¹⁹³⁵ Cass. civ. 2^e, 28 février 1996, Bull. civ. II, n°52, Resp. civ. et assur. 1996, comm. 162, note H. GROUDEL ; RTD civ. 1996, p. 631, obs. P. JOURDAIN ; Rapp. pour une solution identique bien que la marchandise ait été placée dans le chariot du client, Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1978, JCP 1978, IV, 95.

365 - Conclusion de section : l'impossible découverte d'un régime *ad hoc* pour les remises détachées du contrat. Affirmer que les remises détachées du contrat ne relèvent pas du droit des contrats est un truisme. Néanmoins, le juge peut parfois appliquer ce droit lors même que les parties auraient manifesté, explicitement ou non, leur intention de se situer en dehors de son champ d'application. Différentes techniques – prise en compte de la volonté tacite manifestée par un commencement d'exécution ou théorie du contrat factice – ont donc été développées afin de régir ces situations. Les remises détachées du contrat résistent cependant au phénomène d'absorption de ces relations par le droit des contrats pour une raison principale : la volonté des parties n'y est pas contractuelle. L'accord de volontés, que traduisent la mise à disposition et l'acceptation de la chose, n'intervient pas afin de créer une obligation, ni même pour modifier la situation juridique entre les parties, il n'est que le fruit de la tolérance. Si le raisonnement permet d'exclure la qualification de contrat, il permet également de faire échapper ces remises à la qualification quasi-contractuelle. Les quasi-contrats ont pour effet de corriger un déséquilibre né sans accord de volontés. Or dans les remises détachées du contrat, bien qu'elle ne soit pas contractuelle, la volonté des parties est bien présente. Dès lors, les remises détachées du contrat ne pouvant faire l'objet d'un régime spécial fondé sur les modèles des responsabilités contractuelle ou quasi-contractuelle, la responsabilité délictuelle doit s'appliquer.

366 - Conclusion du chapitre : la remise détachée du contrat n'est pas une remise sans droit. L'idée que puissent exister des remises détachées du contrat tend vers le rapprochement de telles situations vers le non-droit. Le Doyen CARBONNIER l'affirmait clairement : « *les actes de tolérance sont dans le non-droit* »¹⁹³⁶. De par l'inapplication du droit des contrats il serait tentant de considérer que le droit en général aurait vocation à s'« *abstenir* »¹⁹³⁷ dans ces hypothèses. Celles-ci ne correspondant qu'à des cas relativement marginaux où les intérêts économiques sont restreints, le droit pourrait être mis à l'écart. Pour autant l'absence de contrat ne doit pas être assimilée à l'absence de droit. Si par définition les règles contractuelles ne sont pas applicables, cela ne signifie pas qu'aucune règle ne saurait s'appliquer. L'éminent auteur le reconnaissait lui-même : « *il n'y a pas de vide juridique en ce sens que le droit a toujours en lui des ressources pour combler les lacunes de ses propres textes* »¹⁹³⁸. En matière de remise détachée du contrat, les

¹⁹³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. I, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, n°63.

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°59.

« *ressources* » du droit sont à rechercher dans les règles de la responsabilité délictuelle. En conclusion, puisqu'il ne saurait être question de créer un droit spécial des remises détachées du contrat, le droit commun demeure applicable : situées à la frontière du droit et du non-droit, les remises détachées du contrat n'en demeurent pas moins un phénomène juridique.

La découverte d'un régime juridique à ces remises n'est toutefois pas une fin en soit. Au contraire, véritablement insérées en droit positif, ces remises pourraient avoir un champ d'application ne se limitant pas à quelques hypothèses presque marginales. Le concept peut, en effet, être utilisé pour rendre compte d'opérations dont la juridicité est avérée mais auxquelles appliquer la qualification de contrat n'est pas pleinement adapté.

CHAPITRE 2

LE RAYONNEMENT DU REGIME JURIDIQUE : L'EXPORTATION DU MODELE

367 - L'impact de la volonté sur la remise détachée du contrat. Conçue comme la combinaison d'une mise à disposition et de l'enlèvement d'une chose, la remise peut se détacher du contrat puisqu'elle traduit à elle seule un échange de volonté. Si la réflexion s'arrêtait là, le champ d'application des remises détachées du contrat serait particulièrement cantonné, celles-ci demeurant hors de toute logique conventionnelle : la seule présence d'un accord de volontés autre que celui que traduit la remise en empêcherait la découverte. La situation est cependant plus complexe. Partant du principe qu'a vocation à être qualifiée de remise détachée du contrat toute remise dès lors qu'elle n'est ni une condition de formation du contrat, ni l'exécution d'une obligation, il devient possible d'en découvrir de nombreuses implications. L'objet de cette étude doit toutefois être limité aux remises détachées du contrat suscitant l'hésitation lors de leur qualification. Nombreuses sont, en effet, les opérations dont la nature contractuelle n'est pas indéniable. Ayant souvent suscité la controverse lors de l'adoption du Code civil ou du fait de leur interprétation jurisprudentielle, ces situations n'ont du contrat que l'apparence. Plus précisément, si le contrat est avant tout un accord de volontés, tout accord n'est pas un contrat. Aussi, lorsque les éléments constitutifs du contrat ne peuvent être découverts, une telle qualification doit-elle être exclue automatiquement. La remise précédant, accompagnant, ou suivant l'accord ne peut alors qu'être consentie sans contrat, malgré l'existence d'un accord de volontés. La seule des volontés des parties ne suffit donc pas à exclure l'idée que la remise puisse se détacher du contrat (Section 1). De la même façon, il est des cas dans lesquels la caractérisation d'une remise détachée du contrat semble imposée. La qualification n'est jamais affirmée de façon péremptoire, mais la loi et la jurisprudence l'admettent à demi-mot. Plus suggérée qu'imposée, la remise détachée du contrat est alors caractérisée par le jeu d'une "volonté" extérieure à celle des parties (Section 2).

Section I La remise détachée du contrat à l'épreuve d'un accord de volontés des parties

368 - Remise détachée du contrat mais accord de volontés. Le modèle de la remise détachée du contrat est construit autour d'une remise de chose quelque peu isolée. Pour autant, il n'est pas impossible de découvrir des remises répondant au même critère, c'est-à-dire intervenant sans volonté de contracter, mais pourtant insérées dans une relation plus large basée quant à elle sur un accord de volontés. Pour prétendre être détachée du contrat, la remise ne doit ni constituer le paiement d'une obligation contractuelle, ni être un élément de formation du contrat. De telles remises détachées du contrat marqueraient néanmoins leur spécificité vis-à-vis du modèle précédemment dégagé. L'accord de volontés, créant des effets de droit, pourrait ainsi être de nature à modifier quelque peu le régime de la remise. Mieux encore, dans l'hypothèse où une telle remise serait prévue par la loi, devenant alors une obligation non contractuelle mais légale, la sanction de son inobservation pourrait être prévue et spécifiquement encadrée. Deux catégories de remises détachées du contrat semblent alors se dégager. Tout d'abord, et bien que cela puisse surprendre, celles accompagnant l'accord de volontés. La proposition prend alors comme base le don manuel, mystérieuse opération dont la nature n'est pas sans susciter les hésitations mais qui, analysée à l'aune de la remise détachée du contrat, semble s'éclairer (§1). Ensuite, celles ayant comme base l'accord de volontés. L'idée est qu'alors la remise, sans être contractuelle, est réalisée soit dans le cadre du processus de formation du contrat, soit, même si l'hypothèse paraît plus marginale, en parallèle de l'exécution du contrat (§2).

§ 1. L'accord de volontés accompagnant la remise détachée du contrat : l'exemple du don manuel

369 - Le don manuel : entre contrat, convention et remise détachée du contrat. « *Le don qui nous envahit est juridiquement le don manuel, et même, plus*

précisément, le présent d'usage, au sens de l'article 852 du Code civil, non rapportable, ni réductible, presque en marge du droit, à la frontière du non-droit »¹⁹³⁹. Affirmer que les dons manuels relèvent presque du non-droit peut surprendre. Il est, en effet, largement admis que ces opérations sont qualifiées de contrats réels. Selon certains, le don manuel matériel constituerait même le « *contrat réel par excellence, le plus pur qui soit* »¹⁹⁴⁰. Néanmoins, à considérer comme l'y invite le Code civil à l'article 1101, que le contrat est une convention créant une ou plusieurs obligations, force est de constater que cette opération s'éloigne de l'espèce qu'est le contrat pour se rapprocher du genre constitué par la convention. Si la portée de cette distinction est parfois relativisée en ce qu'elle « *n'est pas d'une importance majeure* »¹⁹⁴¹, elle n'est pas à nier totalement : « *l'identité, (...) n'est pas absolue* »¹⁹⁴². Partant, à considérer que le don manuel ne puisse être qualifié de contrat (A) et malgré son indéniable caractère conventionnel, il pourrait intégrer la catégorie des remises détachées du contrat (B).

A. "Décontractualisation" du don manuel

370 - La présentation classique du don manuel. La qualification du don manuel en contrat réel ne suscite guère la controverse en doctrine¹⁹⁴³. Pour autant, absent du Code civil, ce principe n'a été posé que tardivement par un arrêt rendu par

¹⁹³⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie de la vente*, in *Flexible droit*, op. cit., p. 322 ; Adde, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, par Ph. MALAURIE, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Defrénois, 3^e éd., 2008, n°397 in limine, « *dans la mesure où [les dons manuels] s'accomplissent par un simple transfert matériel, ils sont aux frontières du droit et du "non-droit"* ».

¹⁹⁴⁰ N. PETERKA, *Les dons manuels*, préface P. CATALA, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 355, 2001, n°338.

¹⁹⁴¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, T. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n°80. L'assimilation serait notamment due au fait que le Code civil, bien que posant le principe de la distinction n'en tire pas les conséquences puisqu'en principe les règles applicables aux contrats et aux conventions.

¹⁹⁴² *Ibid.* Les auteurs affirment en effet que « *la capacité requise pour contracter est souvent plus stricte que celle qui est exigée pour conclure une convention transmissive ou extinctive d'obligation* ». Adde, B. PETIT, J.-Cl. Civil Code, Art. 1101 à 1108-2, Fasc. unique : *Contrats et obligations – Définition et classification des contrats*, qui se référant à Cass. com., 27 février 1996 (Bull. civ. IV, n° 69), affirme que « *par exemple, en droit des sociétés, la réglementation prévue par les articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce s'applique à toutes les conventions conclues entre une société anonyme et ses dirigeants ou personnes assimilées, et non aux seuls contrats. La Cour de cassation a dû le rappeler en censurant l'arrêt qui, confondant convention et contrat, avait cru pouvoir écarter cette réglementation s'agissant d'une résiliation conventionnelle – qui n'est certes pas un contrat mais constitue bien une convention* ».

¹⁹⁴³ V. *Supra*, n° 73 et s.

la première Chambre civile de la Cour de cassation le 11 juillet 1960, affirmant que « *le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans les conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci, et assure l'irrévocabilité de la donation* »¹⁹⁴⁴. La remise de la chose est alors considérée comme l'élément majeur de la formation du don manuel, la « *cariatide du concept* »¹⁹⁴⁵. Toutefois, suivant la présentation classique, elle ne suffit pas à réaliser l'opération, la remise devant être concomitante à l'intention libérale du *tradens* et à l'acceptation du donataire¹⁹⁴⁶. De l'exigence d'un accord de volontés, la qualification de contrat est alors déduite.

371 - L'impossible découverte des éléments caractéristiques du contrat dans le don manuel. Cette position n'est, néanmoins, pas partagée par tous. L'accord des volontés dans le don manuel peut alors être présenté de façon alternative. Tout d'abord, il est parfois proposé de considérer que la double volonté indispensable au transfert de propriété n'a pas à s'exprimer autrement que par la tradition réelle¹⁹⁴⁷. Le don manuel ne serait donc qu'une aliénation gratuite, une remise de chose dans son état le plus pur : la mise à disposition d'une chose suivie de sa prise de livraison. L'opération réalisée serait moins un acte juridique, qu'un phénomène économique, « *un transfert de propriété complètement isolé et cependant parfait* »¹⁹⁴⁸. Si une telle analyse peut faire naître un doute sur la qualification du don manuel, elle n'est pas, à elle seule, suffisante pour nier la qualification de contrat. Pour autant, dans cette perspective, bien que considéré comme un contrat réel, le don manuel s'éloigne du sens accordé à cette catégorie de contrats en droit français pour se rapprocher de son sens romain¹⁹⁴⁹, l'ensemble de l'opération se résumant à la remise de la chose. Il est indéniable que, même lorsqu'un accord de volontés précède la remise, notamment si les parties conviennent d'une retenue de la nue-propriété du bien¹⁹⁵⁰, ou d'une condition résolutoire, « *à lui seul cet accord ne [produit] aucun effet*

¹⁹⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 1960, Bull. civ. I, n°382, D. 1960, note P. VOIRIN; un arrêt de la Cour de cassation avait toutefois précédemment nié la qualification de contrat consensuel au don manuel, mais sans lui octroyer clairement la nature réelle, Cass. req., 23 juin 1947, D. 1947, p. 463 ; S. 1947, 1, p. 152 ; RTD civ. 1948, p. 91, obs. R. SAVATIER.

¹⁹⁴⁵ A. COLOMER, Rép. civ. Dalloz, Avril 1996, V° *Don manuel*, n°2.

¹⁹⁴⁶ C. LEBEL, *Evolution de la propriété mobilière et don manuel (Origine et exception à la règle de la solennité des donations entre vifs)*, Dr. et patr. 1999, n°74.

¹⁹⁴⁷ G. PACILLY, *Le don manuel*, Thèse Caen, Impr. Caron et Cie, 1936, n°5.

¹⁹⁴⁸ G. PACILLY, *op. cit.*, n°6, l'auteur réfute néanmoins l'idée suivant laquelle le don manuel ne serait pas un contrat.

¹⁹⁴⁹ Sur la distinction opérée entre les deux modèles V. *Supra*, n° 68.

¹⁹⁵⁰ Le don manuel pouvant porter sur un droit réel autre que la propriété. Pour un don manuel d'usufruit, V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 70, RTD civ. 1998, p. 439, obs. J. PATARIN.

juridique, parce qu'il n'est pas revêtu des formes prescrites par l'article 931 »¹⁹⁵¹. L'accord n'a donc ici qu'un rôle secondaire par rapport à la remise¹⁹⁵².

La gêne occasionnée par l'assimilation du don manuel à un contrat se prolonge ensuite en considérant le rôle effectif de la remise. Comme il a pu être remarqué, la tradition n'est pas « *l'exécution de la donation, elle fait corps avec elle et lui donne la vie juridique. L'acte apparaît à la fois sous cette double face de contrat-tradition. C'est un contrat réel au sens vrai du mot. Nous voulons dire par là que ce n'est pas un contrat réel au sens où l'on prend ce qualificatif quand on parle de prêt, de gage ou de dépôt. [...]. En réalité le don manuel est une tradition faite animo donandi* »¹⁹⁵³. Partant, l'idée même que le don manuel puisse être qualifié de contrat devrait susciter également la controverse. Le Code civil définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres* »¹⁹⁵⁴. En ce sens, le contrat n'est qu'une variété de convention créant des obligations. Il est alors possible constater que dans le don manuel aucune obligation ne se crée. La remise de la chose n'est pas considérée comme l'exécution d'une obligation mais comme une condition d'existence de l'opération et le transfert de propriété ne saurait être considéré comme une obligation¹⁹⁵⁵. De même, le don manuel opérant un transfert de propriété à titre définitif, il ne naît, dans le patrimoine du bénéficiaire, aucune obligation de restitution¹⁹⁵⁶. La conclusion à tirer est implacable : le don manuel ne serait pas un contrat. Au mieux, il ne pourrait être qualifié que de convention.

¹⁹⁵¹ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. III, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1922, p. 776.

¹⁹⁵² *Ibid.* ; Rappr. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. IX, *Des donations entre vifs et des testaments*, T. I, Paris, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, L. Larose, n°1159, qui considèrent que la remise de la chose est indispensable pour « *vivifier le consentement des parties, qui jusque-là n'a aucune force légale* ».

¹⁹⁵³ H. CAPITANT, *Rapport au ministre de l'instruction publique et des beaux arts sur le concours général ouvert le 4 juillet 1927 entre les étudiants de troisième année des facultés de droit de l'État*, J. O. 27 août 1927, p. 9080.

¹⁹⁵⁴ Art. 1101 C. civ.

¹⁹⁵⁵ V. *Supra*, n° 247 et s.

¹⁹⁵⁶ En application de l'adage « *donner et retenir ne vaut* ». V. toutefois A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel – Essai d'un renouveau par le droit des biens*, thèse Paris, 2003, qui semble considérer que le bénéficiaire du don manuel, en acceptant la donation, consent implicitement à ne pas rompre les liens l'unissant au *tradens* et à la chose remise. L'auteur se basant sur une analyse plus sociologique que juridique systématise alors un devoir de préservation du lien de propriété - assimilé à une obligation de résultat - dans le don manuel (et dans le prêt de consommation). Ce devoir ne peut pas être qualifié d'obligation mais serait une conséquence de la force obligatoire du contrat, n°322 et s., p. 275 et 276.

B. Proposition de qualification du don manuel en remise détachée du contrat

372 - Le don manuel : une remise conventionnelle mais non contractuelle. L'idée suivant laquelle le don manuel pourrait ne pas être un contrat n'est pas nouvelle¹⁹⁵⁷. À ce titre, il est frappant de noter que dans le projet de Code civil, tel qu'il fut soumis au Conseil d'État, l'article 894, précisait que la « *donation entre vifs est un contrat*¹⁹⁵⁸ par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement en faveur du donataire de la chose donnée »¹⁹⁵⁹. Ce n'est qu'après un long débat – essentiellement consacré au rôle de la définition dans un code – que le terme "acte" fut substitué à celui de "contrat". La rédaction retenue de cet article paraît préférable en ce qu'elle permet de saisir plus largement l'ensemble des donations. La donation, en règle générale, peut être analysée comme un contrat notamment en ce qu'elle oblige le donateur à délivrer la chose au donataire ; néanmoins, lorsqu'un don manuel – qui est une sorte de donation entre vifs – est en cause, l'obligation de délivrance disparaît. Cette dernière opération ne pouvant être qualifiée de contrat, le terme "acte" doit bien être privilégié¹⁹⁶⁰.

En réalité, le don manuel est plus qu'un acte. Son effet principal étant d'opérer la mutation de propriété et celle-ci ne pouvant pas s'opérer par la seule remise de la chose¹⁹⁶¹, un accord de volontés est indispensable. Au sein des remises détachées du contrat, le don manuel marque donc sa spécificité : pour produire son efficacité – le transfert de propriété – il doit nécessairement être accompagné d'un échange des consentements formant une convention¹⁹⁶². Pourtant, puisqu'il ne crée pas

¹⁹⁵⁷ V. par ex. s'interrogeant de façon plus générale sur la nature de la donation, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, T. I, Paris, Durand, Hachette, 1861, n°21, qui sans nier la qualification de contrat admet qu'elle « *est un contrat d'une espèce toute spéciale* ».

¹⁹⁵⁸ Nous soulignons.

¹⁹⁵⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XII, 1827, réimpr. Otto Zeller Osnabrück, 1968, p. 261.

¹⁹⁶⁰ Rappr. M. PLANIOL, G. RIPERT et A. TRASBOT, *Traité pratique de droit civil français*, T. V, *Donations et testaments*, Paris, LGDJ, 1933, n°379, qui s'interrogeant sur la qualification du don manuel affirment que « *si [le don manuel] n'est pas un acte juridique, c'est un fait juridique. Or, cette idée n'est guère admissible. Le fait juridique suppose que la loi ou la jurisprudence fait produire à un événement des effets contraires à la volonté de son auteur ou tout au moins sans volonté consciente de son auteur dans le don manuel. Au contraire dans le don manuel l'effet produit est conforme à la volonté des parties, on est donc bien obligé d'en revenir à l'idée d'acte juridique* ».

¹⁹⁶¹ V. *Supra*, n° 21 et s.

¹⁹⁶² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, par Ph. MALAURIE, *Droit civil, les successions, les libéralités*, op. cit., n°397, « *la validité du don manuel repose sur deux fondements, la possession et la*

d'obligations, il ne peut être qualifié de contrat. Il s'agirait donc d'une remise détachée du contrat – puisque la tradition n'est ni l'exécution d'une obligation, ni source de restitution – ayant toutefois pour cause une convention. L'ensemble de l'opération se réduisant presque entièrement à la mise à disposition et à la prise de possession, le seul accord des volontés est inefficace. Celui-ci a en effet pour unique objet d'organiser les conséquences de la remise et notamment le transfert de propriété¹⁹⁶³.

373 - L'utilité de la proposition : une meilleure compréhension de l'inefficacité de la promesse de don. L'analyse du don manuel en remise détachée du contrat semble de nature à expliquer l'inefficacité de sa promesse. Suivant la présentation classique, la promesse de don manuel est nulle en raison de l'absence de remise de la chose¹⁹⁶⁴. Cela peut se comprendre. Dans cette opération la tradition est envisagée comme une substitution de l'exigence d'un acte notarié généralement imposée en matière de donation. Or il est admis que pour qu'une promesse de contrat solennel soit valable d'un point de vue formel, elle doit présenter une forme identique à celle exigée pour la conclusion du contrat définitif¹⁹⁶⁵. Partant, la nullité de la promesse de don manuel est déduite de l'absence de remise. Sur ce point, la conception montre ses limites. Si, dans le cadre d'une donation, la distinction entre la promesse et le contrat définitif est perceptible, elle l'est beaucoup moins lorsqu'il s'agit d'un don manuel. Affirmer que la promesse de don n'est pas valable faute de remise conduit à l'assimilation du don lui-même et de sa promesse. Les promesses de contrats réels, bien que leur efficacité soit toute relative¹⁹⁶⁶, sont cependant valables et se distinguent du contrat définitif. Dès lors, afin de permettre la nullité d'une promesse de don manuel, pourtant considéré comme un contrat réel, c'est le régime

convention. D'une part la possession : la tradition est une solennité assurant l'efficacité de la convention ; d'autre part, la convention qui légitime la possession en lui donnant une cause ».

¹⁹⁶³ Rappr. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, T. III, LGDJ, 3^e éd., 1948, n°3297, qui, sans nier la qualification contractuelle, affirment que la tradition « constitue à elle seule la donation, du moment qu'elle est faite gratuitement. L'accord des parties est la cause de la tradition, mais le transfert de propriété est, par lui-même, un acte juridique parfait ».

¹⁹⁶⁴ V. par ex. L. BOYER, Rep. civ. Dalloz, *Contrats et conventions*, août 1993, n°55 ; Cass. req. 23 juin 1947, D. 1947, p. 463.

¹⁹⁶⁵ V. par ex. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, *Obligations – Théorie générale*, par F. CHABAS, *op. cit.*, n°70. Une telle solution ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine. Ainsi, tirant parti du fait que la jurisprudence accorde une certaine efficacité aux promesses sous seing privé de constitution d'hypothèque par exemple (V. Cass. civ. 3^e, 7 avril 1993, Bull. civ. III, n°55 ; Defrénois 1993, p. 1063, obs. L. AYNÈS), certains auteurs proposent de moduler la solution. Lorsque le formalisme a pour objectif la protection du consentement, sa méconnaissance dans la promesse emporterait la nullité ; mais s'il a pour fin de garantir la constatation de l'accord, une promesse consensuelle serait admise. En ce sens V. par ex. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2^e éd. 1988, n°61.

¹⁹⁶⁶ V. *Supra*, n° 70.

du contrat solennel qui est appliqué. Retenir la qualification de remise détachée du contrat permettrait donc d'éclaircir cette obscure conception. Si le don manuel est une remise détachée du contrat, la promesse ne porte pas sur la conclusion d'un contrat futur, mais sur la réalisation de la remise. Celle-ci s'analysant alors en un acte de pure courtoisie "imparfaitement juridique", la promesse doit être privée d'effet¹⁹⁶⁷.

374 - Synthèse. Le don manuel est bien une convention, mais il n'est pas un contrat. À défaut d'emporter la création d'une quelconque obligation, le don manuel ne saurait être qualifié de contrat. Partant, malgré l'indispensable accord des volontés portant sur le transfert de propriété, rien ne s'oppose à une assimilation à une remise détachée du contrat. Malgré sa proximité et l'influence exercée par les contrats réels sur le don manuel, ce dernier s'en détache donc. Si cette proposition est en mesure d'expliquer l'inefficacité des promesses de don manuel, sa portée pratique doit être relativisée puisqu'elle n'opère pas de bouleversement des effets de l'opération. Purement théorique, cette qualification paraît toutefois plus juste et devrait ainsi être privilégiée.

La remise détachée du contrat n'est donc pas nécessairement absorbée par l'accord de volontés l'accompagnant ; aussi, apparaît-il envisageable qu'elle puisse avoir sa source dans cet accord.

§ 2. L'accord de volontés source de la remise détachée du contrat

375 - Une remise détachée du contrat pourtant fondée sur un contrat.

La remise doit être considérée comme détachée du contrat dès lors qu'elle n'est ni la réalisation d'une condition de formation du contrat, ni le paiement d'une obligation. Pour autant, l'existence d'un accord de volontés n'est pas de nature à exclure catégoriquement la caractérisation de ce type de remise. Au contraire, le contrat

¹⁹⁶⁷ Sur ce point la proposition rejoint l'exemple classique, délivré par POTHIER, (*Traité des obligations, op. cit.*, n°3) de la promesse de gratification d'un père à son fils : « lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils, un engagement proprement dit. Ces promesses produisent bien une obligation imparfaite de les accomplir, pourvu qu'il ne soit survenu aucune cause, laquelle si elle eût été prévue eût empêché de faire la promesse ; mais elles ne forment pas d'engagement, ni par conséquent de contrat ».

pourrait même être la source d'une remise détachée du contrat. Tout d'abord, il est possible de considérer que lorsque la remise intervient dans un processus tendant à la reconnaissance d'un contrat, celui-ci en est indirectement la source puisque, sans le désir de contracter, la remise n'aurait aucune raison d'être réalisée. Ensuite il est envisageable qu'une remise détachée du contrat puisse être exécutée dans le cadre de l'exécution d'un contrat mais sans pour autant constituer un paiement. C'est alors en fonction de la force de l'accord des volontés qu'il peut être proposé de présenter ces remises. Parfois l'accord est simplement supposé. C'est le cas de la société créée de fait. Le raisonnement est alors le suivant : pour reconnaître l'existence d'une société créée de fait, le juge doit notamment découvrir des apports¹⁹⁶⁸ – pouvant être réalisés en numéraire, en industrie ou en nature – or lorsque ceux-ci se réalisent par la remise d'une chose, et si la société créée de fait ne peut être qualifiée de contrat, l'apport doit être qualifié de remise détachée du contrat (A). Parfois, au contraire, l'accord de volontés n'est pas douteux. Dans cette situation, certaines opérations – notamment la remise de document – sont mal appréhendées par le droit. Sans être purement contractuelles, elles n'en demeurent pas moins réalisées dans la mouvance du contrat (B).

A. Remise détachée du contrat et accord de volontés supposé : l'exemple de l'apport dans la société créée de fait

376 - La société créée de fait, l'impossible contrat. N'apparaissant le plus souvent que pour être liquidée, la société créée de fait est un concept développé par la doctrine¹⁹⁶⁹ « *pour désigner la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société* »¹⁹⁷⁰. S'il dépasserait le cadre de cette étude de revenir plus avant sur la notion même de société créée de fait, il ne paraît pas inintéressant de s'interroger sur la qualification accordée à cette situation située « à la charnière du

¹⁹⁶⁸ V. par ex. Cass. com. 27 avril 1970, Bull. civ. IV, n°132.

¹⁹⁶⁹ La conception est due à J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Sirey, 2^e éd., 1926, n°150, qui regroupe sous cette appellation « *la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société* ».

¹⁹⁷⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 19^e éd., 2009, n°1056-39.

droit et du fait »¹⁹⁷¹. La question qui se pose est alors de savoir si la société créée de fait peut être qualifiée de contrat. *A priori*, la qualification contractuelle paraît indéniable, l'article 1832 du Code civil affirme en effet, que « *la société est instituée par (...) un contrat* ». La suite de la démonstration relève de la logique : la société étant un contrat, la société créée de fait devrait être qualifiée de la même façon. Pour autant, certains auteurs remettent en cause cette vision des choses. À l'origine de cette conception, se trouvent les hésitations sur la nature juridique de la société¹⁹⁷². Si à l'origine, le Code civil semblait attaché à la qualification contractuelle¹⁹⁷³, de nombreuses dispositions tendent à remettre en cause une telle analyse¹⁹⁷⁴. Aussi, est-il parfois proposé de qualifier la société d'institution et non de contrat. Le genre n'étant pas forcément un contrat, le raisonnement pouvait alors être mené pour l'espèce.

En matière de société créée de fait, la question de la nature contractuelle se pose essentiellement par l'intermédiaire de la portée du consentement des associés¹⁹⁷⁵. Selon l'auteur ayant conçu la théorie de la société créée de fait, la nature contractuelle était présumée¹⁹⁷⁶, et la jurisprudence a, à de nombreuses reprises, marqué son attachement à une telle qualification¹⁹⁷⁷ en insistant notamment sur l'importance pour les juges du fond de caractériser l'intention des parties. Or c'est justement sur ce dernier point que le bât blesse : les associés manifestent-ils véritablement leur intention de créer une société ? Rien n'est moins sûr¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Illusions et dangers du statut des sociétés de fait*, D. 1982, p. 83.

¹⁹⁷² Sur cette controverse, V. par ex. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 19^e éd., 2006, n°14 ; J.-Cl. MAY, *La société : contrat ou institution ?* in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, sous la dir. de B. BASDEVANT-GAUDEMENT, LGDJ 2004, p. 122 et s. ; S. VACRATE, *La société créée de fait, essai de théorisation*, préface H. LÉCUYER, LGDJ, bibliothèque de droit privé, T. 405, 2003, n°570 et s.

¹⁹⁷³ Avant la Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 qui a modifié la rédaction de l'article 1832 celui-ci disposait d'ailleurs que « *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

¹⁹⁷⁴ Tel est, par exemple, le cas de la loi du 11 juillet 1985 qui instaure l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. De la même façon l'article 1844-5 du Code civil tel que modifié par la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981, dispose que « *la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société* ».

¹⁹⁷⁵ S. VACRATE, *op. cit.*, n°584 et s.

¹⁹⁷⁶ J. HÉMARD, *op. cit.*, p. 193.

¹⁹⁷⁷ V. par ex. Cass. com. 25 juillet 1949, JCP 1950, II, 5798, note D. BASTIAN ; Cass. com. 9 novembre 1981, Bull. civ. IV, n°385 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1987, Bull. civ. I, n°283.

¹⁹⁷⁸ À l'opposé, si les différentes conditions de la reconnaissance d'une société – *affectio societatis*, apports des parties et volonté de participer aux bénéfices et aux pertes – sont présents, la qualification de société créée de fait ne s'impose pas. Celle de société en participation pourrait alors être retenue. En ce sens, V. F.-X. LUCAS, *La société dite « créée de fait »*, in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz,

Factuellement, les parties se comportent comme des associés, mais « *n'ont jamais manifesté leur volonté de conclure un contrat de société ; ils n'ont jamais consenti expressément ou tacitement à celui-ci* »¹⁹⁷⁹. L'*affectio societatis* est, en principe, une condition *sine qua non* de la reconnaissance d'une société ; mais lorsqu'une société créée de fait est en cause, il n'est guère possible de l'exiger, faute pour les associés d'avoir conscience de s'engager¹⁹⁸⁰. La solution se résume alors par un syllogisme. À défaut de volonté de contracter, il ne peut y avoir de contrat ; dans une société créée de fait il n'est guère possible de découvrir une véritable volonté de s'engager ; la société créée de fait n'est donc pas un contrat¹⁹⁸¹.

377 - L'apport dans une société créée de fait est une remise détachée du contrat. L'apport est un élément « *inhérent à la notion même de société* »¹⁹⁸². Celui-ci peut se réaliser en nature, lorsqu'il concerne un bien meuble ou immeuble, en numéraire, quand il porte sur une somme d'argent, ou enfin, en industrie, si l'associé confie par exemple sa force de travail ou son expérience à la société. Ce dernier type mis à part, il est possible de s'interroger sur la nature des apports dans la société créée de fait. Il est alors tentant de voir dans les apports en numéraire et en nature des remises de choses¹⁹⁸³. Une telle conception est d'ailleurs confirmée à la lecture du deuxième alinéa de l'article 1843-3 du Code civil qui dispose que « *les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à disposition effective des biens* »¹⁹⁸⁴. Les termes "mise à disposition" renvoient ici nettement à la remise de la chose en elle-même et non au seul premier mouvement de l'opération de remise. Les travaux préparatoires de la loi du 4 janvier 1978¹⁹⁸⁵ instaurant cet article révèlent, en effet, que cette expression a été substituée à celle

2003, p. 741 ; B. DONDERO, Rep. de droit des sociétés, Dalloz, V° *Société créée de fait*, février 2009, n°18.

¹⁹⁷⁹ F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n°79.

¹⁹⁸⁰ Pour certains, il s'agirait du « *degré zéro de la conscience sociétaire* », C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous CA Paris, 12 novembre 1991, RTD com. 1992, p. 812 ; Adde, B. DONDERO, op. et loc. cit., « *ce qui est certain, c'est qu'il n'y a pas rencontre de volontés souhaitant unanimement la constitution d'une société (il y aurait sinon apparition d'une société en participation)* » ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°1199, « *le comportement des personnes en présence est celui de véritables associés, même s'ils n'en ont pas pleinement conscience* ».

¹⁹⁸¹ De nombreux auteurs s'accordent alors sur le fait de qualifier la société créée de fait en quasi-contrat, sur ce point, V. les références citées *Supra* n° 361.

¹⁹⁸² H. BLAISE, *L'apport en société*, Rennes, Imprimeries réunies, 1955, n°8.

¹⁹⁸³ Pour une qualification de la remise d'une somme d'argent en remise de chose, V. *Supra*, n° 274 et s.

¹⁹⁸⁴ Nous soulignons.

¹⁹⁸⁵ Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

de "mise en possession réelle", initialement envisagée par le législateur¹⁹⁸⁶. En règle générale, l'apport en nature ou en numéraire consiste donc bien en une remise de chose.

En réalité, la démonstration d'un apport en nature est relativement rare lorsque la société est créée de fait, les apports en numéraire ou en industrie étant le plus souvent invoqués par les plaideurs¹⁹⁸⁷. Pour autant cela n'empêche pas la jurisprudence de relever l'existence de ce type d'apport, notamment lorsqu'une personne met un local à la disposition de la société¹⁹⁸⁸. De la même façon, la remise pourrait être caractérisée, à l'occasion de la découverte d'une société créée de fait entre concubins, si l'un d'eux apporte un bien personnel au ménage dans le but d'en faire profiter le couple¹⁹⁸⁹. Il pourrait toutefois être reproché à cette analyse – caractérisant l'apport de remise de la chose – le fait que lorsqu'il est réalisé, l'apport n'est pas conscient. Plus précisément, l'associé de fait n'ayant guère l'intention de s'engager dans une société, peut-il être affirmé catégoriquement qu'il remet un bien alors même qu'une remise est nécessairement volontaire ? La réponse est assurément positive. Le double mouvement inhérent à toute remise de la chose se retrouve même parfaitement dans la mécanique de l'apport. Puisqu'il permet à ses associés d'utiliser la chose, il la met à disposition ; ces derniers, en utilisant le bien en question, manifestent nécessairement leur acceptation. Bien que non intentionnel, le transfert de la chose est volontaire ; il ne constitue pas un abandon et n'est pas consenti par erreur ; il s'agit donc sans aucun doute d'une remise de chose. La conclusion à tirer quant à la qualification de l'apport paraît alors implacable : si la société créée de fait ne peut être qualifiée de contrat, l'apport prenant la forme d'une remise est nécessairement une remise détachée du contrat. Partant, si l'apport réalisé suite à un véritable contrat de société constitue l'exécution d'une obligation¹⁹⁹⁰, celui effectué à

¹⁹⁸⁶ JO. 25 juin 1975, p. 4659. Le Garde de sceaux affirmant alors « *je ne cacherai pas que j'éprouve quelques doutes sur la portée de l'expression "mise en possession réelle" (...). Elle me semble même de nature à créer quelques difficultés. Dans le langage notarial, elle est en effet employée lorsqu'il s'agit de l'entrée en jouissance d'un local libre de toute occupation, par opposition au local objet d'une location dont l'entrée en jouissance s'opère par la perception des loyers. Transposée au domaine des sociétés, on pourrait soutenir qu'il résulte de l'expression utilisée que l'apport ne peut jamais porter sur des biens objet d'une location, ce qui n'est certainement pas le but recherché. Il paraît souhaitable, dans ces conditions, de revenir à la formule (...) qui vise la mise à disposition effective des biens* » ; Adde, C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, préface J. PRIEUR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé T. 242, 1994, n°15.

¹⁹⁸⁷ S. VACRATE, *op. cit.*, n°117.

¹⁹⁸⁸ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1987, inédit, pourvoi n° 86-14729.

¹⁹⁸⁹ Exemple cité par S. VACRATE, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁹⁰ Art. 1843-3 C. civ., « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ».

l'occasion d'une société créée de fait en est, en principe, une condition d'existence¹⁹⁹¹. Comme avait pu l'affirmer un arrêt rendu quelque temps après l'adoption du Code civil, « *il est des sociétés qui se contractent re ipsa* »¹⁹⁹². Lorsqu'à l'image de la société créée de fait, l'accord de volontés n'est que supposé puisqu'il n'est caractérisé qu'*a posteriori*, le droit semble laisser une place à la caractérisation d'une remise détachée du contrat. Un tel constat semble également pouvoir être mené alors même que l'accord serait avéré.

B. Remise détachée du contrat et accord de volontés avéré : l'exemple de certaines remises de documents

378 - La remise détachée du contrat de document, élément formel d'un futur contrat. Toutes les remises de documents opérées avant la conclusion définitive du contrat n'ont pas le même objet¹⁹⁹³ ; cependant, d'un point de vue matériel, elles semblent pouvoir être analysées d'une façon unitaire en fonction de la notion de remise détachée du contrat. Tout d'abord, dans de nombreuses situations, la remise d'un document constitue un élément s'inscrivant dans le processus de formation du contrat¹⁹⁹⁴. Intervenant dans la période de négociation elle n'est pas, contrairement à la remise de la chose dans un contrat réel, l'élément formant le contrat. Elle doit alors être considérée comme une formalité, souvent imposée par la loi, autorisant la conclusion du futur contrat. Bien que la formation de celui-ci puisse obéir à un mode consensuel ou solennel, obliger un contractant, avant tout engagement ou promesse, à effectuer une remise teinte donc de réalisme la période précontractuelle¹⁹⁹⁵. Toutefois, puisqu'elle n'emporte pas en elle-même la formation du contrat, la remise du document n'est pas purement contractuelle, elle semble dès

¹⁹⁹¹ F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n°370. Il peut toutefois être remarqué que la jurisprudence admet que l'apport en nature puisse être réalisé après le début de l'activité de la société créée de fait, Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1965, D. 1966, somm. p. 70.

¹⁹⁹² Cass. req. 11 avril 1806, Journal du Palais, T. VII, 1824, p. 215.

¹⁹⁹³ V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 241, 1994, n°113 et s.

¹⁹⁹⁴ Pour considérer qu'un document a bien été remis doivent être découverts les deux mouvements inhérents à toute remise. Cela n'est guère problématique lorsque le document est remis de la main à la main, mais peut susciter plus d'hésitations quand il fait l'objet d'un envoi postal notamment. Pour autant, il est possible de considérer que la mise à disposition est réalisée par l'envoi et l'enlèvement par la réception.

¹⁹⁹⁵ Rapp. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, n°212, « *la remise du contrat semble parfois se substituer à la tradition dans les contrats réels* ».

lors pouvoir être qualifiée de remise détachée du contrat. Marquant, notamment, le point de départ du délai de réflexion ou de rétractation du destinataire, la remise précontractuelle de document constitue « *l'élément matériel introduisant un facteur temporel dans l'élaboration du contrat* »¹⁹⁹⁶. A ainsi vocation à être analysée de la sorte la remise du document matérialisant l'offre de prêt immobilier telle que régie par les articles L 312-1 et suivants du Code de la consommation. Le prêteur y est, en effet, tenu d'effectuer l'envoi du document attestant de l'existence de l'offre à l'emprunteur potentiel¹⁹⁹⁷, la réception constituant alors le point de départ du délai de réflexion accordé à ce dernier. Dans cette hypothèse, la forme, matérialisée par la remise détachée du contrat, est revêtue d'un double rôle. D'une part, une étape indispensable dans le processus de conclusion du contrat encadrant les modalités de l'offre et permettant la réflexion du consommateur, et d'autre part, la matérialisation de son information¹⁹⁹⁸. L'idée suivant laquelle « *la réflexion est le complément de l'information* »¹⁹⁹⁹ se retrouve donc ici parfaitement²⁰⁰⁰.

379 - La remise détachée du contrat de document, élément créateur de droit dans un contrat formé. La spécificité du droit du travail, notamment marqué par la superposition des sources créatrices de droits et d'obligations pour les parties au contrat, permet d'analyser par le prisme de la remise détachée du contrat certaines remises de documents. Le point de départ de la proposition se situe dans le principe

¹⁹⁹⁶ V. FORRAY, *op. cit.*, n°257.

¹⁹⁹⁷ Art. L. 312-7 C. conso.

¹⁹⁹⁸ Sur l'information par la forme, V. F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préface C. ATIAS, PUAM, 2007, n°49.

¹⁹⁹⁹ J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, p. 239 et s.

²⁰⁰⁰ S'inscrivant également dans la logique du droit de la consommation, d'autres remises de documents peuvent être qualifiées de remises détachées du contrat. Leur objectif est toutefois différent. Alors que les premières sont de véritables formalités, les secondes, bien qu'obligatoires, n'ont qu'une vocation purement informative. Ainsi, le législateur prévoit que le professionnel contractant avec un consommateur est tenu de « *remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement* » (Art. L 134-1 C. conso). Pour autant, il ne saurait être affirmé que l'ensemble des remises de documents informatifs a vocation à être qualifié de remise détachée du contrat. Dans de nombreuses hypothèses, si la remise du document informatif s'effectue avant la conclusion du contrat, elle est, d'une certaine manière, contractualisée. Il apparaît, en effet, que l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle par son débiteur rejait lors de l'exécution du contrat. Partant, bien qu'intervenue sans contrat la remise crée des effets contractuels. Tel est par exemple le cas de la remise de documents envisagée par l'article L 112-2 du Code des assurances qui oblige l'assureur à remettre au candidat à l'assurance, avant la formation du contrat, « *un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré* ». Si la loi ne prévoit pas expressément de sanction, à défaut d'une telle remise, l'assuré pourrait se prévaloir de l'inopposabilité de certaines clauses et ainsi obtenir la prise en charge du sinistre qu'il pensait couvert par la police.

de l'autonomie du statut collectif et du contrat de travail²⁰⁰¹. Plus particulièrement, il est affirmé, depuis un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 25 février 1988²⁰⁰², qu'un usage²⁰⁰³ ne s'incorpore pas au contrat de travail²⁰⁰⁴. De la même façon, il est classiquement jugé que les dispositions d'une convention collective créant des obligations à la charge du salarié ne lui sont opposables qu'autant qu'il a été suffisamment mis en mesure d'en prendre connaissance²⁰⁰⁵ : il ne saurait donc être imposé au salarié des dispositions issues d'un document inconnu de lui. Partant, pour qu'un employeur puisse se prévaloir d'une obligation dont serait débiteur le salarié en vertu d'un accord collectif, le premier doit en informer le second. Se dégage donc, en la matière une véritable obligation d'information à la charge de l'employeur. Or bien que celui-ci soit obligé de mentionner l'existence de la convention collective sur le bulletin de paie²⁰⁰⁶, la réalisation de cette formalité n'est guère suffisante pour prétendre que le salarié en a effectivement pris connaissance. Partant, la jurisprudence tend vers la caractérisation d'une obligation de remettre matériellement les documents au salarié. C'est notamment ce qui s'évince d'un arrêt rendu par la Chambre sociale le 3 juillet 2001²⁰⁰⁷ affirmant que l'employeur ne pourrait se prévaloir d'une convention collective « *que si le salarié a été informé, au moment de son engagement, de l'existence d'une convention collective et mis en demeure d'en prendre connaissance* »²⁰⁰⁸. Si les termes « *mis en demeure* » ne doivent pas être

²⁰⁰¹ Sur ce point, P. WAQUET, *Contrat de travail et statut collectif*, RJS 1994, n°6, p. 399 et s. ; G. BORENFREUND, *L'articulation du contrat de travail et des normes collectives*, Droit ouvrier, décembre 1997, p. 514 et s.

²⁰⁰² Cass. soc. 25 février 1988, Bull. civ. V, n°139 ; Droit social 1989, p. 86, obs. A. PENNEAU.

²⁰⁰³ En droit du travail, l'usage s'entend d'une pratique de l'employeur, non inscrite dans le contrat, octroyant un avantage aux salariés (treizième mois de salaire, prime de fin d'année, pauses...). Un tel usage peut être découvert lorsqu'il présente trois caractères : la généralité, la constance et la fixité, Cass. soc. 28 février 1996, Bull. civ. V, n°74, « *le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité* ».

²⁰⁰⁴ Sauf, bien entendu, si les parties – employeur et salarié – en sont convenues autrement.

²⁰⁰⁵ V. par ex. Cass. soc. 29 mars 1995, Bull. civ. V, n°112, D. 1995, p. 127, note G. PIGNARRE, « *lorsque le contrat de travail ne fait pas mention de l'existence d'une période d'essai, l'employeur ne peut se prévaloir de la période d'essai instituée de manière obligatoire par la convention collective que si le salarié a été informé, au moment de son engagement, de l'existence d'une convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance* » ; Cass. soc. 28 février 1996, Bull. civ. V, n°75, « *l'employeur, qui n'avait pas mis le salarié en mesure de connaître l'étendue de ses obligations au regard de la convention collective, ne pouvait lui reprocher le non respect du préavis prévu par ce texte conventionnel* ».

²⁰⁰⁶ En application de l'article R 3243-1 3° du Code du travail.

²⁰⁰⁷ Cass. soc. 3 juillet 2001, inédit, n°99-42363, Droit social 2001, n°11, p. 1020, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

²⁰⁰⁸ Nous soulignons.

entendus dans leur sens technique²⁰⁰⁹ mais plutôt dans un sens usuel²⁰¹⁰, ils semblent révélateurs de l'intention des magistrats. À demi-mot la Cour de cassation impose donc progressivement la remise des documents au salarié : l'information sur le bulletin de paie est considérée comme tardive²⁰¹¹ et la seule mise à disposition des salariés par voie d'affichage est jugée insuffisante²⁰¹². Cela se comprend, dans ces hypothèses manquait le second élément de toute remise : l'enlèvement, ici matérialisé par la connaissance du salarié. Caractérisée, cette remise de document pourrait de façon presque spontanée être considérée comme relevant du contrat ; il n'en est pourtant rien.

La remise des documents et plus particulièrement du statut collectif au salarié, comprenant les conventions collectives et les normes atypiques applicables, semble pouvoir être analysée comme une remise détachée du contrat, malgré le contrat de travail. Il est indéniable que sans ce dernier la remise n'aurait pas de raison d'être : quel serait l'intérêt pour un employeur de remettre la convention en question à une personne ne travaillant pas dans l'entreprise ? Néanmoins, cette remise demeure hors du contrat. Il apparaît, en effet, que si elle permet aux parties de se prévaloir du statut collectif elle ne contractualise en aucun cas les avantages tirés des documents remis. C'est en substance ce qu'affirme avec force l'arrêt de la Chambre sociale rendu le 11 janvier 2000 : « *la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits* »²⁰¹³. Ne créant aucun effet contractuel, la remise intervient donc hors du contrat. À elle seule, la remise ne saurait être considérée comme de nature contractuelle et ne pourrait donc avoir vocation à faire présumer d'un accord des parties sur la contractualisation des avantages. N'intervenant ni en tant qu'exécution du contrat – puisqu'elle n'est pas une obligation contractuelle²⁰¹⁴ – ni en tant que condition de formation ou plutôt d'enrichissement de celui-ci – puisqu'elle est impuissante à opérer la contractualisation

²⁰⁰⁹ C'est-à-dire l'« *interpellation en forme de sommation, lettre missive ou tout acte équivalent, aux termes de laquelle un créancier notifie à son débiteur sa volonté de recouvrer sa créance* », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° Demeure.

²⁰¹⁰ C. ROY-LOUSTAUNAU, préc., n°5, « *la mise en demeure au sens familial exprime l'idée de sommation solennelle d'accomplir un acte ou d'exécuter une prestation* ».

²⁰¹¹ Cass. soc. 29 mars 1995, préc.

²⁰¹² CA Paris, 25 mars 1997, Jurisdata n° 1997-021586.

²⁰¹³ Cass. soc. 11 janvier 2000, Bull. civ. V, n°17 ; D. 2000, p. 893, note G. PIGNARRE ; *Adde*, Cass. soc. 7 juillet 2004, inédit, pourvoi n°02-42112 ; *Adde*, M. VERICEL, *La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques*, Droit social 2000, p. 833 et s.

²⁰¹⁴ Le statut n'étant pas contractualisé, la remise de celui-ci ne saurait être considérée comme une obligation naissant du contrat.

– la remise de ce type de documents dans le contrat de travail est donc détachée du contrat.

380 - Synthèse. Il est possible de découvrir des remises détachées du contrat faisant suite à un accord de volontés et même trouvant leur source dans cet accord. Dans ces hypothèses, sans l'accord, la remise n'aurait aucune raison d'être. Qu'il soit avéré – comme dans le cas de certaines remises de documents – ou incertain – comme dans le cas de la société créée de fait – l'accord ne remet pas en cause le fait que la remise se situe hors du contrat. Cette étude, qui ne saurait être exhaustive, amène une double réflexion. Tout d'abord, elle semble confirmer le fait qu'à elle seule, la remise ne peut former un contrat. À la différence des contrats réels, la remise dans la société créée de fait n'est pas accompagnée d'un *animus contrahendi*, partant aucun contrat ne peut y être découvert. De même, la remise de document s'insérant dans le processus de formation du contrat ne peut former le contrat, elle n'a pour objectif que d'en autoriser la conclusion. Ensuite, l'étude de la remise des documents du statut collectif du salarié dans le contrat de travail, démontre que tout ce qui prend sa source dans un contrat n'est pas nécessairement contractuel.

381 - Conclusion de section : la remise détachée du contrat n'est pas nécessairement étrangère à l'accord de volontés. Puisque l'accord de volontés n'est pas nécessairement contractuel, la remise précédant, accompagnant ou suivant un tel accord n'est pas non plus nécessairement contractuelle. Par ailleurs, alors même qu'un contrat serait formé ou sur le point de l'être, toute remise réalisée dans ce cadre n'est pas nécessairement contractuelle : toute remise ne saurait être assimilée à une condition de formation ou à un paiement. Les différents exemples proposés afin d'illustrer une telle réflexion ne sont toutefois pas limitatifs. Il semble, en effet, possible de découvrir de nombreuses possibilités d'application des remises détachées du contrat malgré un accord de volontés. Ainsi, par exemple, la remise en main propre de la promesse de vente d'un immeuble conclue par l'intermédiaire d'un professionnel²⁰¹⁵ issue de la loi SRU²⁰¹⁶ qui n'a d'autre effet que de faire courir le délai de rétractation de l'acheteur potentiel, peut, puisqu'elle constitue un élément formel du processus de conclusion du contrat, être analysée comme une remise détachée du contrat. Les potentialités de ce type de remises paraissent donc particulièrement larges ; en attestent également les hypothèses dans lesquelles l'opération emportant

²⁰¹⁵ Art. L 271-1 CCH et précisant ses modalités art. D 271-6 du même Code issu du décret n° 2008-1371 du 19 décembre 2008 ; pour un commentaire du décret, V. F. COHET-CORDEY, *Délai de rétractation et délai de réflexion : les modalités de remise en main propre enfin précisées*, AJDI 2009, p. 183.

²⁰¹⁶ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

la remise a l'apparence d'un contrat, mais se voit implicitement nier cette qualification du fait de la jurisprudence ou de la loi.

Section II La remise détachée du contrat à l'épreuve d'une volonté extérieure

382 - Des remises détachées du contrat du fait du juge ou de la loi.

Puisque la remise intervenant en contemplation d'un accord de volontés n'est pas toujours contractuelle – si elle n'est ni une condition de formation du contrat, ni l'exécution d'un paiement – il est envisageable que la décontractualisation intervienne du fait d'une "volonté" extérieure à celle des parties. Bien entendu, leur volonté est toujours indirectement à l'origine de la remise : si *tradens* et *accipiens* ne s'étaient pas préalablement entendus, le premier n'aurait aucune raison de remettre le bien à l'autre. Néanmoins, l'influence de l'accord n'est ici qu'indirecte : la caractérisation d'une remise détachée du contrat peut, en effet, être l'œuvre du juge ou de la loi. Deux opérations – pourtant insérées dans le Code civil dans la partie consacrée aux contrats spéciaux – peuvent alors être prises comme exemple. Tout d'abord, malgré la proximité entretenue avec le dépôt, le séquestre – du moins lorsqu'il est judiciaire – peine à rentrer dans les canons de la qualification contractuelle puisqu'il s'agit avant tout d'une mesure prononcée par le juge à laquelle ce dernier attribue un régime bien particulier (§1). Ensuite, l'étude du régime juridique du paiement de dettes de jeu, posé par le Code, permet la remise en cause de la nature traditionnellement accordée à cette opération. Le rejet des explications classiquement avancées afin de justifier l'absence de juridicité véritable d'un tel paiement autorise son assimilation à la catégorie des remises détachées du contrat (§2).

§ 1. La remise détachée du contrat, une qualification imposée par le juge : l'exemple du séquestre judiciaire

383 - La discutable nature contractuelle du séquestre. Dépôt spécial portant sur une chose souvent litigieuse, le séquestre peut être conventionnel ou judiciaire. Si la nature du premier paraît, au premier abord, difficile à remettre en

cause²⁰¹⁷, celle du second trouble quelque peu et constitue donc la base de la réflexion. Le séquestre judiciaire est, en effet, défini comme « *la remise à un tiers (...) sur l'ordre du juge, d'une chose sur laquelle plusieurs personnes ont ou prétendent avoir ou s'attribuer respectivement des droits, en attendant le règlement définitif du litige* »²⁰¹⁸. Classiquement, le séquestre est présenté comme relevant de la famille des contrats, à cette particularité près qu'il ne peut s'agir que d'un « *contrat judiciairement formé dont les parties sont d'une part le séquestre, obligé à tous les devoirs d'un dépositaire, d'autre part le plaideur qui a demandé cette mesure* »²⁰¹⁹. L'analyse ne séduit guère. L'idée même que puisse être nommé "contrat", un rapport juridique imposé par le juge laisse dubitatif²⁰²⁰, le contrat n'est-il pas avant tout un accord de volontés ? Bien entendu, la mesure est sollicitée par un requérant, ce qui renforce son aspect volontaire et de la même façon, dans les hypothèses de "contrats" forcés, c'est un régime contractuel qui s'applique. Pour autant détaché de sa procédure de formation – l'accord de volontés – le contrat semble privé de son essence²⁰²¹. Il pourrait être allégué, à l'encontre de ce constat, le fait que malgré son caractère forcé, le séquestre demeure, en partie, volontaire, puisque « *le juge vient seulement permettre la conclusion à deux, d'un contrat qui nécessite en principe, la participation d'au moins trois personnes* »²⁰²². Pour autant, force est de constater que la personne devant se soumettre et remettre la chose, comme cela peut être le cas dans l'hypothèse d'une saisie, n'a pas nécessairement consenti au séquestre.

²⁰¹⁷ V. toutefois, *Infra*, n° 384.

²⁰¹⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *De la société, du prêt, du dépôt*, *op. cit.*, n°1253.

²⁰¹⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°770 ; Adde, Ph. BELLOIR, *Le séquestre*, LPA 30 mars 2000, p. 4 et s., spéc., n°3.

²⁰²⁰ V. A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, préface A. BÉNABENT, *Economica*, 2002, n°101 et s.

²⁰²¹ Sans rentrer dans le débat portant sur la place de l'accord de volonté dans la formation du contrat, deux observations peuvent être relevées. Tout d'abord comme le note un auteur (A. ENGEL-CRÉACH, *op. cit.*, n°102) « *l'utilisation du terme "contrat" [dans l'expression "contrat forcé"] ne devient appropriée que si l'on considère que le contrat ne se distingue plus par son mode de formation, mais par le résultat produit, c'est-à-dire une structure particulière du rapport d'obligation, pouvant désormais être obtenue par d'autres moyens que la rencontre de volonté des parties liées. Le cœur du contrat s'en trouverait en quelque sorte déplacé* ». Ensuite il est frappant de remarquer que les projets de codification du droit des contrats, tant au niveau interne qu'eupéen, semblent considérer l'accord de volontés comme seul élément en mesure de créer un contrat, et partant n'incluent pas le juge dans le processus de formation. Au niveau national, V. par ex. Avant-projet de réforme du droit des contrats, art. 2 al. 2 (« *l'acte juridique conventionnel est un accord de volontés conclu entre deux ou plusieurs personnes* ») et art. 5 (« *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres* »). Au niveau eupéen, V. par ex. DCFR, Art. II – I : 101 1° (« *a contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect* ») ; Code eupéen des contrats, art. 1 1° (« *le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie* »).

²⁰²² A. ENGEL-CRÉACH, *op. cit.*, n°124.

Aussi, partant de l'absence de véritable accord de volontés entre les parties la qualification a-t-elle pu parfois être débattue. Particulièrement éclairantes sont les propositions niant la nature contractuelle du séquestre. DOMAT le qualifie par exemple de « *règlement ordonné par un juge* »²⁰²³ et à ce titre exclut son rattachement au contrat « *car il fait partie de l'ordre judiciaire* »²⁰²⁴. De façon plus marquante, quoique plus discutable cependant, certains auteurs proposent d'assimiler le séquestre à un quasi-contrat. Ils opèrent alors une distinction en fonction de la personne chargée de la désignation du "dépositaire". Si les parties s'entendent sur le tiers en question, le séquestre demeure un contrat. Si, au contraire, le juge le désigne lui-même, le séquestre devient selon eux un quasi-contrat²⁰²⁵. L'analyse se comprend mais ne semble pas en adéquation avec la notion de quasi-contrat retenue par le Code civil²⁰²⁶ ; elle a toutefois pour mérite de démontrer que l'analyse du séquestre judiciaire en un contrat n'est pas une évidence. La qualification de remise détachée du contrat pourrait dès lors être utilisée.

384 - Le séquestre est une remise détachée du contrat. La négation du caractère contractuel du séquestre est en germe dans le Code civil puisque l'article 1915 semble y faire indirectement référence en affirmant que « *le dépôt est un acte* »²⁰²⁷. De façon plus convaincante encore il peut être remarqué que la jurisprudence nie l'existence d'une relation contractuelle entre les différentes parties au séquestre judiciaire. Deux types de rapports doivent alors être distingués : celui liant le saisi et le gardien, et celui liant le créancier saisissant et le gardien. Dans le premier cas, la nature contractuelle du lien peut aisément être mise à l'écart. Le saisi

²⁰²³ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres*, par J. RÉMY, T. I, Paris, 1835, p. 252.

²⁰²⁴ *Ibid.* ; Rapp. Ph. DELEBECQUE, obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1997, D. 1998, somm. p. 197, « *le gardien de la chose saisie n'est pas dans une situation contractuelle : le séquestre judiciaire n'est pas un contrat, car sa source réside précisément dans un ordre du juge* » ; Ph. Le TOURNEAU, Rep. com. Dalloz, V^o Dépôt, mai 2007, n^o20, qui affirme que le séquestre judiciaire n'est « *pas un contrat, mais une garantie ordonnée par la justice contre la disparition ou l'altération d'une chose* ».

²⁰²⁵ R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, T. V, *Traité des contrats de dépôt*, op. cit., n^o98 ; Adde, retenant la même distinction F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XXVII, Bruylant, 3^e éd., 1873, n^o172. Plus radicale encore est la position de L.-V. GUILLOUARD (*Traité du prêt, du dépôt, et du séquestre*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1893, n^o180, p. 489) qui affirme que « *soit que les parties s'entendent sur la désignation de la personne qui sera chargée du séquestre, soit que cette désignation soit faite par le juge, il n'y a pas de contrat entre ce tiers et les parties, mais quasi-contrat* ».

²⁰²⁶ V. *Supra*, n^o 211 et 357 et s.

²⁰²⁷ En ce sens, V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, op. cit., n^o1009, qui affirment que « *le législateur a substitué le mot acte au mot contrat (...) pour embrasser dans sa définition l'une des variétés du dépôt, qui est plutôt un acte judiciaire qu'un contrat, le séquestre judiciaire* » ; G. PIGNARRE, Rep. civ. Dalloz, V^o Dépôt, janvier 2010, n^o8.

subit le séquestre, il n'a donc, en aucun cas d'accord à donner quant à la mesure prononcée à son encontre. En ce sens, la première Chambre civile, dans un arrêt rendu le 5 novembre 1996, a pu affirmer très nettement que « *la personne instituée gardien des scellés dans le cadre d'une procédure d'instruction n'a pas de lien contractuel avec le propriétaire des biens* »²⁰²⁸. Dans le second cas, la situation peut paraître moins évidente. Néanmoins, la qualification de contrat entre le créancier saisissant et le séquestre semble également exclue par la Cour de cassation. C'est d'ailleurs à partir de ce rapport que l'ensemble des séquestres, tant conventionnels que judiciaires, peut être "décontractualisé". Un arrêt rendu le 1^{er} février 2005, en matière de séquestre conventionnel affirme, en effet, que la faute du séquestre est nécessairement délictuelle, y compris à l'égard de la personne lui ayant volontairement remis la chose²⁰²⁹. Partant, il est permis de considérer que si le séquestre conventionnel n'est pas un contrat, *a fortiori* le séquestre judiciaire ne l'est pas non plus. Ne pouvant ni être qualifié de contrat, ni de quasi-contrat, le séquestre semble pouvoir être analysé comme une remise détachée du contrat. Une telle qualification pourrait, comme le suggère un auteur, avoir une portée « *plus théorique que pratique* »²⁰³⁰ puisque le séquestre, qu'il soit judiciaire ou conventionnel, est soumis aux obligations d'un dépositaire²⁰³¹. La remise détachée du contrat apparaîtrait dès lors comme produisant les mêmes effets qu'une remise contractuelle notamment dans le cadre d'un dépôt. Il n'en est rien. Contrairement au dépositaire, si la responsabilité du séquestre se trouvait engagée, puisque celle-ci est de nature extracontractuelle²⁰³², il ne saurait opposer au créancier de la restitution les clauses élusives ou limitatives de responsabilité²⁰³³. La qualification de remise détachée du contrat étant établie, il convient de remarquer qu'elle n'est pas attribuée en fonction de la volonté des parties ayant manifesté leur désir de placer leur relation hors du droit des contrats. Bien au contraire, c'est au juge qu'est reconnu ce pouvoir. En ce

²⁰²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, Bull. civ. I, n°381.

²⁰²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, Bull. civ. I, n°57 ; JCP éd. N. 2005, n°42, 1421, obs. N. CHATAIGNER.

²⁰³⁰ L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n°180.

²⁰³¹ Art. 1958 C. civ.

²⁰³² La jurisprudence considère la faute du séquestre comme de nature délictuelle (Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, préc. ; Adde, très nettement, Cass. civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, inédit, pourvoi n°08-15997, « *attendu (...) qu'ayant relevé l'absence de tout lien contractuel entre [le remettant] et la CARAM [le séquestre], cette dernière s'étant vu confier le séquestre par décision judiciaire, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action de celui-ci s'analysait en une action en responsabilité délictuelle* ». Pour autant, le régime de sa responsabilité est calqué sur la responsabilité contractuelle (B. LOTTI, J.-Cl. Contrats – distribution, fasc. 2160, *Séquestre*, 1^{er} novembre 2006, n°300 et s. ; V. par ex. retenant l'existence d'une obligation de conservation de résultat atténuée, Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1997, Bull. civ. II, n°213).

²⁰³³ En ce sens, V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°813 ; Ph. DELEBECQUE, obs. préc.

sens, le séquestre se rapproche du paiement d'une dette de jeu qui peut également être analysée comme une remise détachée du contrat, la qualification étant alors le fait de la loi.

§ 2. La remise détachée du contrat, une qualification suggérée par la loi : l'exemple du paiement de dettes de jeu

385 - Le jeu et le pari des opérations bien particulières.

Traditionnellement, le jeu est présenté comme un contrat, « *par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent, en se livrant au jeu, à payer, à celle d'entre elles qui gagnera, une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé* »²⁰³⁴. Il se distingue alors du pari qui s'analyse comme le contrat « *par lequel deux ou plusieurs personnes, qui sont d'avis divergents sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion se révélera exacte bénéficiera d'une prestation déterminée de la part de l'autre ou des autres* »²⁰³⁵. La nature contractuelle de ces opérations n'est donc que rarement contestée²⁰³⁶ ; ils constitueraient même des « *contrats consensuels, synallagmatiques, à titre onéreux, fondés sur un enjeu et contenant nécessairement une chance de gain et un risque de perte* »²⁰³⁷. Une telle conception semble, en grande partie, dictée par le Code civil. Le jeu et le pari sont, en effet, régis dans le livre consacré aux contrats aléatoires²⁰³⁸. Pour autant l'analyse de ces opérations en termes de contrat peut dérouter : à peine le Code les a-t-il classifiés qu'il prive ces opérations de leurs effets civils²⁰³⁹. En guise d'ouverture du chapitre leur étant consacré, l'article 1965 affirme avec force que « *la loi n'accorde aucune action pour*

²⁰³⁴ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, Librairie générale de jurisprudence, 4^e, éd., 1871, §386.

²⁰³⁵ J.-L. MOURALIS, Rep. civ. Dalloz, V^o Jeu – pari, mars 2004, n^o3.

²⁰³⁶ V. par ex., M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, *Contrats civils*, op. cit., n^o1200 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XXI, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, n^o12 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, op. cit., n^o537 ; A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n^o954 ; J.-L. MOURALIS, préc., n^o16 et s. ; E. BURGAUD, 1966 du Code civil, un article oublié, RRJ 2007, n^o2, p. 651 et s., spéc. p. 652.

²⁰³⁷ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, op. et loc. cit.

²⁰³⁸ Aux art. 1965 et s.

²⁰³⁹ Selon l'expression de R. LIBCHABER, *L'escompte d'un chèque de casino contre remise de plaques de jeu est une opération de crédit illicite*, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1998, D. 1999, somm. p. 112.

une dette du jeu ou pour le paiement du prix »²⁰⁴⁰. Pendant de ce principe, mais envisageant la situation une fois la dette payée, l'article 1967 affirme, quant à lui, que « le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ». L'exception de jeu est généralement justifiée par la nature intrinsèquement antisociale du jeu²⁰⁴¹, qui priverait l'engagement de toute cause²⁰⁴².

Plus précisément, deux motifs sont parfois avancés afin d'expliquer l'aspect radical de cette exception d'ordre public²⁰⁴³. D'une part, suivant certains auteurs, le jeu ferait naître une obligation naturelle²⁰⁴⁴. Il est vrai que la corrélation entre les articles 1967 et 1235 al. 2²⁰⁴⁵ – consacrés à ce type d'obligation – est frappante : le raisonnement paraît alors logique. La première de ces dispositions affirme que la répétition n'est pas admise lorsque le perdant a volontairement acquitté sa dette de jeu, et la seconde que le paiement d'une obligation naturelle ne saurait pas non plus être répétée. L'obligation issue du jeu serait donc une obligation naturelle. D'autre part, une partie de la doctrine fait appel à la règle *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*²⁰⁴⁶. Cette conception est largement inspirée par la conception du jeu retenue, semble-t-il, par les codificateurs, qui voyaient dans le jeu et le pari des institutions immorales. L'action en paiement d'une dette de jeu ou en répétition de ce qui a été payé trouvant leur fondement dans une opération teintée d'immoralité,

²⁰⁴⁰ Certaines exceptions à cette disposition sont toutefois prévues. Ainsi, l'article 1966 du Code civil prévoit toutefois une exception à cette règle en ce qui concerne les jeux ayant pour objet l'intelligence, l'adresse ou l'exercice du corps. Pour les différentes exceptions, V. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°965 et s.

²⁰⁴¹ J.-E.-M. PORTALIS, in FENET, T. XIV, *op. cit.*, p. 539, « Chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui. À la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. On ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres : tout sentiment naturel entre joueurs est étouffé, tout lien social est rompu. Un joueur forme le vœu inhumain et impie de prospérer aux dépens de ses semblables ; il est réduit à maudire le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine » ; Rappr. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n°1205, selon qui « la perspective de gains énormes et faciles, réalisés sur un coup de dés, détourne l'homme du travail, et l'habitude du jeu est une cause d'oisiveté et de ruine ».

²⁰⁴² J.-E.-M. PORTALIS, *op. et loc. cit.*, « on ne peut donc trouver dans les promesses et les contrats dont nous parlons une cause capable de les rendre vraiment obligatoires ».

²⁰⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1969, Bull. civ. I, n°354 ; JCP 1971, II, 16728, note A. BÉNABENT.

²⁰⁴⁴ V. par ex. R.-J. POTHIER, in *Œuvres*, par M. BUGNET, T. V, *Traité du contrat de jeu*, Plon, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1861, n°55, qui considère que la loi prive le contrat « d'exécution dans le for extérieur ; mais (...) oblige dans le for intérieur » ; C. AUBRY et C. RAU, *op. et loc. cit.* ; Cass. req. 30 mai 1838, S. 1838, 1, p. 753 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, *op. cit.*, p. 694.

²⁰⁴⁵ Art. 1235 al. 2 C. civ., « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

²⁰⁴⁶ V. par ex. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n°198 ; plus précisément, c'est l'adage, *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, qui semblerait mieux adapté.

elle ne saurait prospérer devant un tribunal. Pour séduisantes que peuvent paraître ces positions, elles n'en sont toutefois pas parfaitement convaincantes.

386 - Au-delà de la justification morale... la remise détachée du contrat. Avant de pouvoir proposer une qualification alternative justifiant le régime spécifique mis en place par le Code civil, certaines critiques peuvent être établies à l'encontre des différentes propositions de justifications classiquement développées. Tout d'abord, l'analyse du paiement de la dette de jeu en obligation naturelle n'est guère efficiente. Quel que soit le fondement retenu de ce type d'obligations il ne correspond pas à celui de la dette de jeu. Ainsi, il n'est pas possible de considérer qu'il puisse s'agir d'une obligation "dégénérée"²⁰⁴⁷ puisque l'obligation de payer la dette n'a jamais été civile : dès sa naissance, le droit la prive de sanction. Il n'est pas non plus envisageable d'y voir un « *devoir moral qui monte à la vie civile* »²⁰⁴⁸ : la dette ayant un fondement immoral, il serait « *singulier de prétendre que l'on est tenu, en conscience, d'exécuter une obligation immorale* »²⁰⁴⁹ ! Il doit, par ailleurs, être relevé que le régime de l'obligation naturelle ne saurait être appliqué à la dette de jeu. Le débiteur d'une obligation naturelle peut, en effet, par un acte de volonté non équivoque transformer une obligation naturelle en une obligation civile, qui, quant à elle, peut être dotée de sanction²⁰⁵⁰. Or la jurisprudence affirme avec force que la promesse de payer une dette de jeu ne produit pas d'effet²⁰⁵¹. Ensuite, voir dans les articles 1965 et 1967 du Code civil une application de *nemo auditur* ne semble pas plus fondé. La maxime est, en principe invoquée pour paralyser la restitution, non celle en paiement²⁰⁵² : l'article 1965 se trouverait donc exclu du raisonnement et ces dispositions paraîtraient dès lors sans fondement. Par ailleurs, l'exception d'indignité a essentiellement vocation à être utilisée lors d'une action en nullité pour cause immorale. Néanmoins, dans la réglementation des dettes de jeu, il n'est en aucun cas question de nullité mais seulement de priver d'efficacité l'obligation.

L'inadaptation des justificatifs traditionnellement avancés pour expliquer le régime des dettes de jeu amène une double réflexion. Dans un premier temps, la nature même du jeu et du pari peut prêter à discussion. Comme le remarquent

²⁰⁴⁷ Pour une conception classique de l'obligation naturelle, V. C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, § 297.

²⁰⁴⁸ G. RIPERT, *op. cit.*, n°192.

²⁰⁴⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, T. 2, *Contrat, op. cit.*, n°1931.

²⁰⁵⁰ V. par ex. Cass. civ. 14 janvier 1952, D. 1952, p. 177, note R. LENOAN.

²⁰⁵¹ V. par ex. Cass. com. 12 mars 1963, D. 1963, p. 500.

²⁰⁵² En ce sens, V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°983.

certain auteurs²⁰⁵³, leur nature contractuelle peut laisser dubitatif. Ces opérations semblent, en effet, « *presque en dehors du droit car, traditionnellement, on joue pour s'amuser et le droit a pour objet les affaires sérieuses* »²⁰⁵⁴. En refusant d'accorder son concours à l'exécution et à la restitution suite au paiement des dettes de jeu, le législateur place volontairement ces opérations en marge du droit. D'une certaine façon, en matière de jeu et de pari, le Code renoue avec le système des actions du droit romain : si le droit ne reconnaît pas d'action, c'est parce qu'il n'y a pas véritablement de droit substantiel²⁰⁵⁵. Partant, est-il judicieux de qualifier de contrat le jeu et le pari alors même que leur caractéristique principale est, en principe, de ne pas créer d'effet juridique ? Rien n'est moins sûr. Pour autant, le paiement de la dette s'opère à titre définitif : qu'il s'agisse de la remise d'un bien ou d'une somme d'argent, un transfert de propriété s'opère. S'il n'y a donc pas de contrat, il y a au moins une convention ; mais comme c'est le cas en matière de don manuel²⁰⁵⁶, celle-ci est privée d'efficacité. Dans un second temps, il peut être remarqué que puisque le paiement de la dette de jeu ne peut s'analyser comme une obligation naturelle, et qu'il n'est pas non plus une obligation civile faute de sanction²⁰⁵⁷, il ne constitue pas une obligation. À ce titre, le Code des obligations suisse est particulièrement révélateur ; l'article 513 1° affirmant de façon péremptoire que « *le jeu et le pari ne donnent aucun droit de créance* »²⁰⁵⁸. La conclusion à tirer est alors simple : si le jeu et le pari ne sont pas des contrats, et que le "paiement" d'une dette de jeu n'est pas une obligation, la remise du gain ne peut constituer qu'une remise détachée du contrat. L'adéquation est alors frappante. Cette remise ne saurait être considérée comme un quasi-contrat, puisque l'article 1967 exclut explicitement l'idée qu'elle puisse constituer un enrichissement

²⁰⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°972 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°17 ; de façon plus nuancée, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°1928, qui affirment qu'« *il n'y a pas vraiment de contrat liant les joueurs (...)* ».

²⁰⁵⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. et loc. cit.*

²⁰⁵⁵ En ce sens, R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. d'O. de MEULENAERE, T. III, Marescq Aîné, 1877, p. 310, estime qu'en droit romain il y a une « *correspondance entre l'établissement d'un droit et l'exercice en justice de ce droit* ».

²⁰⁵⁶ V. *Supra*, n° 371 et s.

²⁰⁵⁷ *Contra*, P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. VIII, *Des petits contrats*, T. II, *op. cit.*, n°603.

²⁰⁵⁸ La portée de l'article est toutefois à relativiser : si sa traduction française ne laisse guère de place au doute, la traduction italienne paraît plus nuancée. En affirmant que « *pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa non si accorda azione veruna* » (« *aucune action n'est accordée pour le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari* ») cette dernière n'exclut pas catégoriquement l'existence d'une créance mais précise que cette créance est simplement dépourvue d'action.

indu. N'étant pas non plus une condition de formation d'un contrat²⁰⁵⁹, elle prend la forme d'une remise non obligatoire mais volontaire et peut donc être qualifiée de remise détachée du contrat. L'originalité du "paiement" d'une dette de jeu est que c'est la loi qui, bien que lui donnant l'apparence d'un contrat spécial, le décontractualise en refusant de lui accorder une quelconque force contraignante.

387 - Conclusion de section : la qualification de remise détachée du contrat n'est pas nécessairement le fait des parties. Si, en principe, la caractérisation d'une remise détachée du contrat est le fait des parties, il est des hypothèses dans lesquelles elle est le fruit d'une décision extérieure : celle du juge ou celle de la loi. En matière de séquestre judiciaire, le juge imposant la mesure aux parties, aucun accord de volontés n'est décelable. Partant, la remise intervient hors de tout contrat. La situation est différente lorsqu'est en cause le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari. Dans cette hypothèse le Code n'accordant pas d'action pour forcer ou répéter la remise, elle se détache de la logique du contrat. Cela se confirme par le fait que les codificateurs, n'entendant pas véritablement considérer le jeu et le pari comme des contrats, les ont volontairement placés hors du droit. Ces opérations ne pouvant être qualifiées de contrat, la remise leur faisant suite est nécessairement sans contrat.

388 - Conclusion du chapitre : la remise détachée du contrat, un modèle exporté. Conçue comme un accord limité à la mise à disposition et à l'enlèvement de la chose, la remise détachée du contrat pouvait paraître incompatible avec une volonté concurrente. Pour autant, partant de la distinction entre contrat et convention, il peut être proposé de distinguer l'accord de volontés organisant la relation et la remise. Le phénomène est particulièrement observable dans l'hypothèse du don manuel : si l'accord de volontés est indispensable pour opérer la mutation de la propriété, la remise ne saurait être une obligation. Elle est donc consentie sans contrat, malgré la présence d'une convention. De façon peut-être moins surprenante, la remise est également susceptible d'être considérée comme hors contrat par le fait d'une volonté extérieure ; le juge et la loi étant alors la source de cette qualification. L'assimilation du séquestre et du paiement de dettes de jeu à des remises détachées du contrat tient en réalité à un constat : à défaut de réel accord de nature

²⁰⁵⁹ Cela est également vrai dans l'hypothèse où le paiement intervient de manière anticipée avant le jeu. Dans cette situation, la mise est placée sur la table de jeux ou déposée entre les mains d'un tiers. Pour autant la remise ne pourrait être considérée comme réalisée : seule la mise à disposition serait réalisée, l'enlèvement de la chose par l'*accipiens* n'ayant pas encore été réalisée.

contractuelle émanant des parties, une "volonté" se superpose et exclut la qualification de contrat.

389 - Conclusion du titre 2 : des remises détachées du contrat mais juridicisées. À la frontière des remises contractuelles existent des remises détachées du contrat. Contrairement à ce qui aurait pu être affirmé à l'aube de la découverte de ce modèle, elles ne sont ni un phénomène relevant du non-droit, ni des situations marginales, bien au contraire. Parfois issues de la volonté des parties et parfois subies par ces dernières notamment lorsqu'elles sont imposées par le juge ou la loi, les remises détachées du contrat constituent en réalité la limite que ne saurait franchir le droit du contrat. Puisqu'un contrat est un accord de volontés produisant des obligations, les accords ne remplissant pas ces conditions ne peuvent être qualifiés de la sorte. Partant, les remises exécutées à la suite de ce type d'accord le sont nécessairement sans contrat. La mise à l'écart des règles du droit des contrats ne conduit pas toutefois à déverser ces remises dans le non-droit, les règles de la responsabilité civile extracontractuelle ayant vocation à s'appliquer en la matière. Deux conclusions s'imposent alors. Si par principe les remises détachées du contrat sont découvertes en l'absence de volonté de contracter de la part des parties, il est des hypothèses dans lesquelles même en présence d'un accord de volontés ce type de remise peut être décelée. En marge de l'*animus contrahendi*, existe donc un *animus tradendi*, c'est-à-dire un accord portant uniquement sur la remise.

390 - Conclusion de la seconde partie : de la remise aux remises. La découverte de la notion de remise a permis de dépasser les analyses classiques – ne s’attachant en réalité qu’aux remises, puisque seuls faisaient l’objet d’études leurs effets – en systématisant cette opération. L’étude des implications de cette systématisation permet un retour à plus de classicisme. De la notion de remise il est redevenu envisageable de s’attacher aux remises, c’est-à-dire à la découverte de leurs implications juridiques. Cela se comprend. Si la remise de la chose est une notion unique, lorsque le droit s’en saisit, les implications divergent nécessairement en fonction du cadre dans lequel elle intervient. Autrement dit, partant du principe que la remise n’est pas nécessairement issue d’un contrat, les effets qu’elle produit ne peuvent être en tout point similaires. Il apparaît alors que quel que soit le type de remise – obligée ou détachée du contrat – elle doit toujours être considérée comme une opération purement juridique. Son analyse en termes de mise à disposition et d’enlèvement permet alors d’en révéler les potentialités.

Lorsqu’elle s’insère dans un contrat, et qu’elle prend la forme d’une obligation – celle de *praestare* – elle contribue à une refonte et, partant, une meilleure analyse, de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet. Autorisant l’abandon de l’obligation *dare*, la distinction entre *facere* et *praestare* permet, en effet, de rendre à cette *summa divisio* une véritable cohérence, tant au regard du contenu des obligations concernées, qu’en fonction des sanctions de leur inexécution. Lorsqu’au contraire, elle n’est pas contractuelle, son mérite est double. Elle fonde tout d’abord une approche alternative de certaines situations dont la nature n’est, à défaut d’une reconnaissance des remises détachées du contrat, guère évidente à établir. Elle permet, ensuite, de leur découvrir un véritable régime, contribuant ainsi à la saisie par le droit de ces situations en marge du contrat, mais, désormais, moins mystérieuses.

CONCLUSION GENERALE

391 - La remise de la chose : une notion unique mais une pluralité d'implications. Proposant une méthode d'interprétation, qui, semble-t-il, peut être transposée à la recherche en règle générale, DIDEROT remarque que « *l'observation recueille les faits ; la réflexion les combine ; l'expérience vérifie le résultat de la combinaison* »²⁰⁶⁰. Si le droit marquait une certaine désaffection à l'égard de la remise de la chose – en la privant des nombreux effets qui pouvaient lui être reconnus en droit romain notamment – la raison semble en être que celle-ci n'était, classiquement, pas véritablement définie. La simplicité apparente de l'opération conduisait souvent à n'en déterminer que les effets, faisant ainsi l'économie d'une analyse de la notion. Aux études classiques relatives à la remise manquait donc une étape : l'observation de ce qu'est la remise. Or c'est à partir de cette observation de sa réalité matérielle, que la remise se révèle et prend forme.

D'une part, la remise de la chose doit être définie comme la combinaison de deux mouvements : l'un est celui du *tradens*, la mise à disposition du bien, l'autre est celui de l'*accipiens*, l'enlèvement du bien. Ce modèle, traduction juridique d'une réalité physique, est amené à s'appliquer à l'ensemble des remises que celles-ci interviennent dans ou hors des contrats. D'autre part, cette définition constitue la base et l'élément indispensable à la détermination du rôle que peut jouer la remise en droit positif. Il peut ainsi être proposé de faire évoluer "l'obligation de remise" vers une obligation de mise à disposition. De la même façon, envisagée comme un acte sur lequel les volontés du *tradens* et de l'*accipiens* sont susceptibles de se cristalliser, la remise est en mesure de fonder une catégorie de relations en marge du contrat, entièrement axées sur ce double mouvement : les remises détachées du contrat. Grandes sont alors les potentialités d'une telle présentation.

Elle permet, tout d'abord, de remarquer que la remise s'insérant dans une relation contractuelle – qu'elle soit envisagée ou non comme une obligation – est un élément transversal du droit des contrats. Pouvant alors être analysée de façon unitaire et produisant des effets identiques, la remise peut contribuer à la création d'un droit commun spécial des contrats. Une remarque s'impose alors lorsque la

²⁰⁶⁰ D. DIDEROT, *De l'interprétation de la nature*, in *Œuvres de Denis Diderot, Philosophie*, T. II, Paris, Brière librairie, 1821, XV, p. 152.

remise est une obligation. Au même titre que l'obligation de faire peut présenter différents visages – réaliser un ouvrage ou assurer la sécurité par exemple – l'obligation de mise à disposition semble susceptible de se diviser en deux espèces : les obligations de mise à disposition se limitant à la remise matérielle et celles incluant la pérennisation du rapport créé. Il semble donc que si les obligations de mise à disposition se rattachent au droit commun spécial des contrats, quant à elle, l'obligation de mise à disposition s'en détache. Dans cette acception, elle évince l'obligation de donner et s'immisce aux côtés de l'obligation de faire en tant que catégorie d'obligation à part entière, permettant ainsi de proposer une refonte de la *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet. Partant, l'obligation de mise à disposition, envisagée comme un type d'obligations unifiées par leur régime, peut être érigée au rang d'élément du droit commun du contrat.

L'analyse proposée de la remise autorise également à s'intéresser aux situations souvent réputées en marge du droit mais qui, profondément marquées par la combinaison de la mise à disposition et de l'enlèvement de la chose, peuvent pourtant être considérées comme autant d'opérations juridiques. La remise, devant être considérée comme un acte juridique bilatéral, est en effet en mesure, à défaut d'*animus contrahendi*, de faire naître une opération pleinement juridique. En outre, si certaines situations, d'ordinaire analysées comme des situations de fait, peuvent être réinterprétées, la découverte de leur régime permet d'exporter le modèle vers des opérations auxquelles la qualification de contrat, malgré la lettre du Code ou la jurisprudence, n'est guère adaptée.

Parvenant au terme de cette étude, il peut être remarqué que la troisième branche de la méthode d'interprétation proposée par DIDEROT fait défaut. Si, en effet, l'observation des faits et leur combinaison nous ont permis de dégager un modèle purement juridique de la remise de la chose, seule l'expérience permet d'éprouver les mérites de la présentation. D'autres voies sont assurément à explorer, notamment en envisageant une remise totalement détachée du droit des contrats, on pense par exemple au rôle de la remise en droit des successions ou en droit pénal... mais cette ultime étape ne relève plus de notre ressort.

POSITIONS DE THESE

392 - Principe. La remise de la chose est une notion unitaire en droit. Elle se décompose systématiquement en une mise à disposition de la part du *tradens*, correspondant à la dessaisine et en un enlèvement de la part de l'*accipiens*, correspondant à l'acquisition matérielle de la chose. Envisagée de la sorte, la remise est une opération purement juridique.

393 - Principaux corollaires.

1 - La réalisation de la remise de la chose n'a jamais été et n'est pas en droit positif, un moyen efficace à lui seul, d'opérer le transfert de la propriété qui n'est susceptible de se réaliser que par l'accord des volontés, par l'usage de la chose ou par la réception. En outre, que le transfert soit essentiel ou accidentel, il se décompose nécessairement en deux étapes : la rupture du lien intellectuel unissant l'ancien propriétaire à la chose – d'ailleurs visé par PORTALIS développant le concept de tradition civile – et la recréation de ce lien dans le chef du nouveau propriétaire.

2 - La possession s'analysant comme la combinaison du *corpus* et de l'*animus*, son transfert ne peut s'opérer par la remise de la chose. Celle-ci n'est, en effet, qu'en mesure d'emporter la mutation du *corpus*. L'*animus*, élément fondamental de la possession, est un comportement – consistant à agir comme le titulaire du droit – et ne peut donc être transféré.

3 - Le modèle des contrats réels en Droit positif n'est pas le même que celui du droit romain. Alors qu'à Rome la remise formait véritablement la convention, aujourd'hui c'est la combinaison de l'accord de volontés et de la remise qui forme le contrat. La spécificité de ce type de contrats tient essentiellement dans l'absence d'une pleine efficacité de la promesse. C'est donc moins la remise de la chose que l'inefficacité de la promesse qui constitue la protection inhérente à la qualification de contrat réel. Partant, cette qualification n'a vocation à se maintenir que dans l'hypothèse où le contrat est conclu à titre purement gratuit. Dès lors que le contrat est conclu à titre onéreux, il ne peut être qualifié de la sorte.

4 - C'est la chose elle-même et non la remise de la chose qui est la cause de la restitution. Cette obligation naît donc *re* et doit être clairement distinguée de l'obligation de conservation. En outre elle s'analyse toujours comme une obligation de résultat.

5 - La délivrance ne constitue pas une remise de la chose mais participe de l'opération de remise ; son objet n'est donc pas de mettre l'*accipiens* en possession mais de lui permettre de se saisir de la chose et de réaliser toutes les opérations permettant cette prise de possession. Un débiteur tenu d'une obligation de délivrance doit donc mettre le bien à la disposition de son créancier. Partant, l'obligation de délivrance se distingue des obligations de livrer et de livraison. La première emporte l'obligation de délivrance et la garantie, alors que la seconde est l'obligation à la charge du transporteur.

6 - L'expression "mise à disposition" ne doit pas être limitée aux seules hypothèses dans lesquelles elle intervient à titre temporaire. L'effet translatif ou non translatif de propriété du contrat n'intervient donc pas dans la détermination de l'objet de la mise à disposition.

7 - Pour parfaire la remise, la mise à disposition est complétée par un enlèvement qui constitue la part active à la charge de l'*accipiens* et atteste de sa prise de pouvoir sur la chose. L'enlèvement peut constituer une obligation à la charge de ce dernier – notamment lorsqu'il prend les traits du retraitement dans la vente ou de la prise de livraison dans le contrat d'entreprise – ou une simple incombance lorsque les textes ne l'érigent pas en obligation.

8 - L'existence de l'obligation de retraitement permet notamment d'expliquer le principe suivant lequel dans une vente l'acheteur est tenu des risques, sans avoir recours à la maxime *res perit domino* dont les effets peuvent paraître peu adaptés lorsqu'est stipulé un report du transfert de propriété. En retenant cette obligation le droit charge, en effet, des risques celui qui est tenu par rapport à la chose, ce qui constitue une simple application du droit commun : *res perit debitori*.

9 - Il n'existe pas véritablement d'obligation de remise, mais une obligation de mise à disposition, dont les origines historiques se trouvent dans l'obligation de *praestare* du Droit romain. Celle-ci concerne l'ensemble des obligations ayant trait à l'octroi d'une chose : sont donc concernées les obligations préparant, permettant et confirmant le mouvement de la chose. Deux types d'obligations de mise à disposition peuvent donc être découverts : les obligations de mise à disposition limitées à la seule

mise à disposition matérielle du bien et celles emportant, en plus, la pérennisation de la situation créée.

10 - Lorsque la remise n'est pas obligée, elle est susceptible d'intervenir sans contrat. L'accord de volontés se cristallise alors sur la combinaison de la mise à disposition et de l'enlèvement pour former une remise détachée du contrat.

11 - Puisque la mise à disposition peut être réalisée à titre définitif, l'obligation de *praestare* ne saurait être réduite aux seules hypothèses n'emportant qu'un usage temporaire sur la chose.

12 - La garantie d'éviction n'ayant pour objet que d'assurer la bonne exécution de l'obligation de mise à disposition, elle ne doit pas être considérée comme une garantie véritablement autonome, mais comme une facette de l'obligation de *praestare*.

13 - L'obligation de donner portant sur le transfert de la propriété ou sur la création d'un droit réel ne peut régir les obligations portant sur les remises de choses et doit être rejetée des catégories d'obligations. Elle ne prend jamais corps de façon autonome en raison de l'automatisme du transfert de propriété et ne peut, à ce titre, ni être exécutée, ni faire l'objet d'une quelconque inexécution.

14 - Les obligations de faire, auxquelles peuvent être rattachées les obligations de ne pas faire, dotées, dans leur acception classique, d'un trop large champ d'application, doivent être réinterprétées. Doivent être qualifiées de la sorte les obligations emportant une activité personnelle du débiteur. Sont alors exclues de cette catégorie d'obligations celles portant sur la remise des choses.

15 - L'article 1142 du Code civil qui ne vise que la contrainte physique, et non les procédés de contraintes indirectes, est bien applicable à toutes les obligations de faire, envisagées comme celles portant sur l'activité personnelle du débiteur.

16 - L'obligation portant sur une somme d'argent a toujours trait à la remise des fonds. Partant, elle ne peut être qualifiée ni d'obligation de faire, ni d'obligation de donner. Elle se rattache donc à l'obligation de mise à disposition.

17 - La *summa divisio* des obligations en fonction de leur objet doit être conçue autour des obligations de faire et des obligations de mise à disposition.

18 - Le paiement d'une obligation de mise à disposition constitue un acte juridique, car la mise à disposition est toujours un acte juridique. Au contraire, le paiement d'une obligation de faire est toujours un fait juridique.

19 - L'obligation de mise à disposition, qu'elle se limite à la mise à disposition matérielle, ou qu'elle se prolonge tout au long du contrat est toujours une obligation de résultat.

20 - L'obligation de mise à disposition ne peut, quand est en cause sa facette matérielle, être aménagée par une clause de non obligation ou exclusive de responsabilité. Lorsque de telles clauses touchent l'obligation se prolongeant tout au long du contrat, elles doivent être restreintes et ne peuvent emporter une décharge totale de responsabilité.

21 - L'exécution forcée directe est limitée aux obligations portant sur le mouvement des choses et donc à la seule obligation de mise à disposition. En cas d'inexécution cette obligation est toujours susceptible d'une telle sanction, sauf dans les cas d'impossibilité.

22 - Le droit de rétention est une espèce d'un genre plus large – l'exception d'inexécution – appliquée à l'obligation de mise à disposition dans l'hypothèse où le créancier de cette obligation n'exécute pas son engagement.

23 - La résolution ne porte pas sur le contrat en entier mais sur ses effets. Partant, seule la résolution de l'obligation de mise à disposition est susceptible d'ouvrir droit à des restitutions en nature ou par équivalent. La résolution d'une obligation de faire emporte quant à elle une indemnisation.

24 - Différents types de remises détachées du contrat peuvent être systématisés : celles devant leur nature à l'absence totale d'*animus contrahendi* de la part des parties, celles devant leur nature à la loi et celles résultant d'actes de complaisance. Ces remises peuvent accorder l'usage de la chose ou seulement la garde de celle-ci.

25 - Les remises détachées du contrat ne pouvant être régies par le droit des contrats et ne pouvant fonder une nouvelle catégorie de quasi-contrat, le régime qui leur est applicable est nécessairement celui de la responsabilité délictuelle.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GENERAUX

C. ACCARIAS

- *Précis de droit romain*, T. I, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3^e éd., 1879
- *Précis de droit romain*, T. II, Paris, A. Cotillon et Cie, Librairie du Conseil d'Etat, 3^e éd., 1879

P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, Litec, 5^e éd., 2007

C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Litec, 10^e éd., 2009

C. AUBRY et C. RAU

- *Cours de droit civil français*, T. II, Librairie Marchal et Billard, 6^e éd. Par E. BARTIN, 1935
- *Cours de droit civil français*, T. IV, Librairie Marchal et Billard, 6^e éd. Par E. BARTIN,
- *Cours de droit civil français*, T. V, Librairie Marchal et Billard, 5^e éd. Par G. RAU et Ch. FALCIMAIGNE, 1907
- *Cours de droit civil français*, T. VI, Librairies techniques, 7^e éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BÂTIE, 1975
- *Cours de droit civil français*, T. VI-2, Librairies techniques, 8^e éd., par N. DEJEAN de la BÂTIE, 1989
- *Cours de droit civil français*, T. X, Librairie générale de jurisprudence, 5^e éd., 1918, par E. BARTIN

L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006

J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, Masson / Armand Colin, 1995

J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, Yvon Blais, 5^e éd., 1998

G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, T.II, Paris, Larose, 5^e éd., 1895

G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. V, *Des biens*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896

G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. IX, *Des donations entre vifs et testaments*, T. I, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 3^e éd., 1905

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XI, *Des obligations*, T. I, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XII, *Des obligations*, T. II, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2^e éd., 1902

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVII, *De la vente et de l'échange*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900

G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XVIII, *Du contrat de louage*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XX, *De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898

G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. XXV, *De la prescription*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1895

M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats – Les contrats de la distribution*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1999

A. BÉNABENT

- *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat, Montchrestien, 7^e éd., 2006
- *Droit civil – Les obligations*, Domat, Montchrestien, 10^e éd., 2005

J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2000

C. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE

- *Cours de droit civil français*, T.VIII, *Les contrats et les obligations*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 2^e éd., 1936, réimpr. 1996
- *Cours de droit civil français*, t. XII, par R. RODIERE, *Contrats civils divers*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1947

L. BIHL, *Le droit de la vente*, Dalloz, 1986

A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, T. I, Paris, A. Fontemoing, 1899

E. BONVALOT, *Histoire du droit et des institutions de la Lorraine et des trois Evêchés*, T. I, Paris, F. Pichon, 1895

F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, T. I, Paris, Grangé, Cellot, 2^e éd., 1770

J.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlemens de France et autres tribunaux*, T.V, Charles Osmont, 1711

Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009

C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, rééd. 2005, préface M. GOUBEAUX, LGDJ, Collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers

M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007

J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 5^e éd., 2000

J. CARBONNIER

- *1908-2003, Écrits*, textes compilés par R. VERDIER, PUF, 1^{ère} éd., 2008
- *Droit civil*, T. I, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004
- *Droit civil*, T. II, *Les biens, les obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004

É. CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé, des origines à 1815*, T. I, Paris, Sirey, 1926

E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, et C. BOUGLE, *Introduction historique au droit des obligations*, Litec, Objectif droit, 2007

F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, Litec, droit immobilier, 2^e éd., 2007

A. COLIN et H. CAPITANT

- *Cours élémentaire de droit civil français* T. I, Dalloz, 9^e éd., par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, 1939
- *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, Dalloz, 4^e éd., 1924
- *Cours élémentaire de droit civil français*, T. III, Dalloz, 10^e éd., par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, 1950

F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 8^e éd., 2007

G. CORNU

- *Droit civil – Les biens*, Domat, Montchrestien, 13^e éd., 2007
- (sous la dir. de) *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 5^e éd., 1996

E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Plon, LGDJ, 2^e éd., 1928

M. DAGOT, *Les sûretés*, PUF, 1981

H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 2, *Les incapables, les obligations, première partie*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1948

H. De PAGE et R. DEKKERS

- *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 4, *Les principaux contrats usuels, première partie*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1951
- *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 5, *Les principaux contrats usuels, deuxième partie*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1952

N. DEJEAN de la BATIE, *Responsabilité délictuelle*, in AUBRY et RAU, T. VI-2, LGDJ, Librairie techniques, 8^e éd., 1989

C. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, T. II, Delestre-Boulage, 1824

Ch. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, T.I, Paris, A. Maresc, 3^e éd., 1876

A.-M.DEMANTE

- *Cours analytique de Code civil*, T. V, Paris, E. Plon et cie, 2^e éd., par É. COLMET de SANTERRE, 1883
- *Cours analytique de Code civil*, T. VII, Paris, E. Plon et cie, 2^e éd., par É. COLMET de SANTERRE, 1887

R. DEMOGUE

- *Traité des obligations en général*, T.II, Paris, Rousseau et cie, 1923
- *Traité des obligations en général*, T. V, Paris, Rousseau et cie, 1928

C. DEMOLOMBE

- *Cours de Code Napoléon*, T. IX, *Traité de la distinction des biens*, T. I, Paris, Durand, Hachette, 1861, 2^e éd., 1861
- *Cours de Code Napoléon*, T. X, *Traité de la distinction des biens*, T. II, Paris, Durand et Hachette, 2^e éd., 1861
- *Cours de Code Napoléon*, T. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, T. I, Paris, Durand, Hachette, 2^e éd., 1861
- *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats*, T. I, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1877
- *Cours de Code Napoléon*, T. XXVII, *Traité des contrats*, T. IV, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1881
- *Cours de Code Napoléon*, T. XXXI, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VIII, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Pedone Lauriel, 1882

P. DIDIER, *Droit commercial*, T. 3, Thémis, Droit privé, PUF, 1^{ère} éd., 1999

J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres de J. Domat*, par J. RÉMY, T. I, Paris, A. Gobelet, 1835

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, *La règle de droit - Le problème de l'État*, Paris, 3^e éd., 1927

A. DURANTON

- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVI, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVII, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVIII, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XXI, Paris, G. Thorel Librairie, 4^e éd., 1844

P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Staempfli éditions, Berne, 2^e éd., 2000

J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, Sirey, 1953

M. FABRE-MAGNAN

- *Les obligations*, T. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 1^{ère} éd., 2008
- *Les obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Thémis, 1^{ère} éd., 2007

B. FAUVARQUE-CAUSSON (sous la dir. de), *Livre vert sur le droit européen de la consommation, réponses françaises*, Société de législation comparée, vol. 5, 2007

A. FAVRE, *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619, T. II.

P.-A.FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, réimpr. Otto Zeller Osnabrück, 1968

D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4^e éd., 2006

J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É SAVAUX

- *Droit civil – les obligations*, T. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 13^e éd., 2008
- *Droit civil – les obligations*, T. 2, *Le fait juridique*, Sirey, 12^e éd., 2007
- *Droit civil – les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, 6^e éd., 2009

J. GAUDEMET

- *Droit privé romain*, Domat, Montchrestien, 2^e éd., 2000
- *Les naissances du droit – le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Domat, Montchrestien, 4^e éd., 2006

P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^e éd, 2004

J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992

J. GHESTIN, *Traité de droit civil – la formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993

J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats – la vente*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1990

J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil – le régime des créances et des dettes*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2005

A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, les obligations*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 3^e éd., par R.VILLERS, 1970

P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^e éd., 1929

B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats civils et commerciaux*, T. 1, *Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, Thémis, 2002

H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Padrier-Fodéré, 1642, réimpr. PUF, 2005

L.-V. GUILLOUARD

- *Traité de la vente et de l'échange*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1890
- *Traité de la vente et de l'échange*, T. II, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1891
- *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1893
- *Traité du contrat de louage*, T. II, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1887
- *Traité de la prescription*, T. I, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 1901

J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Sirey, 2^e éd., 1926

V. HEUZÉ, *Traité des contrats – la vente internationale de marchandises, droit uniforme*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1^{ère} éd., 2000

T. HUC

- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T.VII, Pichon, 1894
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. X, Pichon, 1897
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. XIV, Pichon, 1902

J. HUET, *Traité de droit civil – les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 2001

P.-G. JOBIN, *La vente*, Yvon Blais, Québec, 2^e éd. 2001

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. II, Sirey, 3^e éd., 1939

F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats – le contrat d'entreprise*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2008

M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, T. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885

C. LARROUMET

- *Droit civil*, T. II, *Les biens, droits réels principaux*, Économica, 5^e éd., 2006
- *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, 1^{ère} partie : conditions de formation, Économica, 6^e éd., 2007
- *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, 2^e partie : effets, Économica, 6^e éd., 2007

F. LAURENT

- *Principes de droit civil français*, T. XV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, T. XVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, T. XX, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, T. XXIV, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, T. XXVI, Bruxelles, Bruylant – Maresq, 3^e éd., 1878

Ph. le TOURNEAU

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 6^e éd., 2006
- *Les contrats de concession*, Litec, 2003
- *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^e éd., 2007

D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5^e éd., 2006

J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002

J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion*, Paris, imprimerie impériale, 1806.

Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. III, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1906

Ph. MALAURIE et L. AYNÈS

- *Les biens*, Defrénois, 3^e éd., 2007
- *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 3^e éd., 2008

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 4^e éd., 2009

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^e éd., 2009

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009

M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 2006

Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007

V. MARCADÉ

- *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. IV, Paris, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873
- *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. VI, Paris, Delamotte et fils, 7^e éd., 1875

G. MARTY et P. RAYNAUD,

- *Les biens*, par P. JOURDAIN, Dalloz, 1995
- *Les Sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., par Ph. JESTAZ, 1987

G. MAY, *Eléments de droit romain*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 5^e éd., 1898

Ch. MAYNZ, *Cours de droit romain*, T.II, Bruxelles, 4^e éd., 1877

H., L. et J. MAZEAUD

- *Leçons de droit civil*, T. II, *Obligations – Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., par F. CHABAS, 1985
- *Leçons de droit civil*, t. III, vol. II, *Principaux contrats*, 2^e partie, Montchrestien, 3^e éd. par M. de JUGLART, 1980

H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1, Montchrestien, 6^e éd., 1965

B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 1^{ère} éd., 1996

J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU

- *Traité de droit civil – droit commun des sûretés réelles*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1996
- *Traité de droit civil – droit spécial des sûretés réelles*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1996

J.-P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, T. I, Gand, Librairie de H. Hoste, 2^e éd., 1866

R. MONIER

- *Manuel élémentaire de droit romain*, T. I, Domat, Montchrestien, 6^e éd., 1947
- *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II, Domat, Montchrestien, 6^e éd., 1940

F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen de Code Napoléon*, T. II, Paris, Marescq, 8^e éd., 1869

J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999

K.-H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – commentaire*, F. Dessemontet, Lausanne 1993

J.-L.-E. ORTOLAN

- *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. I, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 3^e éd., 1844
- *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. II, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 3^e éd., 1844

P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, PUF, 2^e éd., 1969

J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, T. II, *Des contrats commerciaux autres que ceux du commerce maritime*, Plon, 6^e éd., 1856

A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1989

M. PLANIOL

- *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, Paris, LGDJ, 8^e éd., 1920
- *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1912
- *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1913

M. PLANIOL, G. RIPERT et É. BECQUÉ, *Traité pratique de droit civil français*, T. XIII, *Sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 1930

M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN

- *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, *Obligations, première partie*, Paris, LGDJ, 1930
- *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, *Obligations, deuxième partie*, Paris, LGDJ, 1931
- *Traité pratique de droit civil français*, T. X, *Contrats civils, première partie*, Paris, LGDJ, 1932
- *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, *Contrats civils, deuxième partie*, Paris, LGDJ, 1932

M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, Paris, LGDJ, 1926

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. TRASBOT, *Traité pratique de droit civil français*, T. V, *Donations et testaments*, Paris, LGDJ, 1933

P. PONT

- *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. VIII, *Des petits contrats*, T. I, Paris, Delamotte, 1867
- *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. IX, *Des petits contrats*, T. II, Paris, Delamotte, 1867

R.-J. POTHIER

- *Œuvres de Pothier*, T. II, *Traité des obligations et de la prestation des fautes*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861
- *Œuvres de Pothier*, T. III, *Traité du contrat de vente, traité des retraits, traité du contrat de constitution de rente*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861
- *Œuvres de Pothier*, T. IV, *Traité du contrat de louage*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861
- *Œuvres de Pothier*, T.V, *Traité du prêt à usage, du précaire, du prêt de consommation (...)*, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861
- *Œuvres de Pothier*, T.IX, *Traité du droit de domaine de propriété*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 2^e éd., réimpr. 1861
- *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae*, T. VII, Paris, Ex typis Dondey-Dupré, trad. D. de Bréard-Neuville, 1821
- *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae*, T. VIII, Paris, Ex typis Dondey-Dupré, trad. D. de Bréard-Neuville, 1821

J.-B.-V. PROUDHON

- *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. I, Dijon, Victor Lagier, 1824
- *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. III, Dijon, Victor Lagier, 1824

S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, , T. I, 1732, trad. de J. Barbeyrac, rééd. Bâle, Bibliothèque de philosophie juridique, 1989

P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., 2009

G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, T. II, LDGJ, 2^e éd., 1947

G. RIPERT et R. ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, T. II, LGDJ, 16^e éd. par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN

R. ROBAYE, *Le droit romain*, Bruylant, 3^e éd., 2005

R. RODIÈRE, *Droit des transports*, Sirey, 2^e éd., 1977

H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 3^e éd., 1993

G. ROUHETTE, I de LAMBERTERI, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen des contrats*, Société de législation comparée, 2003

J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007

A. SÉRIAUX

- *Contrats civils*, PUF, 1^{ère} éd., 2001
- *Droit des obligations*, 2^e éd., 1998

H. SOLUS, *Les principes du droit civil*, A. Colin, 2^e éd., 1939

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – obligations, contrat*, Litec, 5^e éd., 1995

P. STEIN, *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2004

Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2^e éd., 2006

H. SUMNER-MAINE, *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. par J.-G. Courcelle-Seneuil, Paris, Guillaumin, 4^e éd., 1874

F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. II, éd. Prudhomme, Grenoble, 1841

P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 2^e éd., 1995

F. TERRÉ (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2009

F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 7^e éd., 2006

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 10^e éd., 2009

E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Paris, A. Rousseau, 3^e éd., 1904

Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998

C.-B.-M. TOULLIER

- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. III, Jules Renouard, 5^e éd., 1839
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. VI, Jules Renard, 5^e éd., 1830
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XVI, par J.-B. DUVERGIER, Jules Renouard, 1835
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XVII, par J.-B. DUVERGIER, Jules Renouard, 1835
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXI, par J.-B. DUVERGIER, Jules Renouard, 1843
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXVIII, par J.-B. DUVERGIER, Jules Renouard, 1843

R.-T. TROPLONG

- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, de la vente*, T. I, Paris, Charles Hingray, 5^e éd., 1856
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, de la vente*, T. II, Paris, Charles Hingray, 5^e éd., 1856
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, de l'échange et du louage*, T. I, Paris, Charles Hingray, 4^e éd., 1852
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, de l'échange et du louage*, T. III, Paris, Charles Hingray, 4^e éd., 1852
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, de la prescription*, T. I, Paris, Charles Hingray, 3^e éd. 1838

G. VINEY, *Traité de droit civil – introduction à la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 1995

G. VINEY et P. JOURDAIN

- *Traité de droit civil – les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 1998
- *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 2001

R. von IHERING

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, T. III, Marescq Aîné, 1877
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, T. IV, Marescq Aîné, 1878
- *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, T. II, *Fondements des interdits possessoires*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 2^e éd., 1882

F.-C. von SAVIGNY

- *Le droit des obligations*, T.I, Paris, Ernest Thorin, trad. G. Gerardin et P. Jozon, 2^e éd., 1873
- *Traité de la possession en droit romain*, Durand et Pedone Lauriel, 2^e éd., trad. H. Staedler, 1878

A. WEILL, *Droit civil, les biens*, Dalloz, coll. précis Dalloz, 1^{ère} éd., 1968

C. WITZ, *Droit privé allemand*, Litec, 1992

F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008

2. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIE, COURS, THESES

C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre De praescriptis verbis au Digeste*, Paris, Cotillon et fils, 2^e éd., 1873

M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1972

M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préface L. AYNÈS, Economica, 2001

R. ANDORINO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préface F. CHABAS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 263, 1996

C. ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse, Poitiers, 1974

J. ATTARD, *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou synallagmatique ?*, PUAM, 1999

I. AVANZINI, *Les obligations du dépositaire, contribution à l'étude du contrat de dépôt*, Avant-propos de C. JUBAULT, préface de R. CABRILLAC, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2006

L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984

A. AYNÈS, *Le droit de rétention, unité ou pluralité ?*, préface Ch. LARROUMET, Economica, 2005

F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préface. M. GRIMALDI, 2004

S. BECQUET, *La spécification. Essai sur le bien industriel*, thèse, Lyon, 2002

F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préface C. ATIAS, PUAM, 2007

J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Litec, 1983

P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préface L. AYNÈS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 489, 2007

S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préface G. VINEY, PUAM, 2003

F. BICHERON, *La dation en paiement*, préface M. GRIMALDI, Éditions Panthéon Assas, 2006

H. BLAISE, *L'apport en société*, thèse, Rennes, Imprimeries réunies, 1955

G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français - Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préface P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 313, 1999

H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, préface de Ph. RÉMY, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2005

A.-E. BOUVIER-BANGILLON, *De la tradition en Droit romain et dans l'Ancien droit français. De la transmission de la propriété par l'effet des conventions en droit français actuel*, F. Pichon imprimeur – librairie, 1877

Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble, 1993

C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, essai de détermination de l'objet*, thèse Paris, 1984

C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, préface Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003

M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, Lausanne, Imprimerie C. Risold et fils, 1933

H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^e éd., 1927

J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001

N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préface É. LOQUIN, l'Harmattan, 2008

R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, Librairie du recueil Dalloz Sirey, 1914

N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préface J. CARBONNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 25, 1961

M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité. Etude de sociologie juridique et de droit positif*, Sirey, 1933

Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété (le transfert volontaire des biens)*, thèse, Paris, 2009

F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préface A. GHOZI, Economica, 2008

M. CHRISTEA, *De la tradition*, Paris, A. Giard, 1891

P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, préface Ph. RÉMY, LGDJ, Collection de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2005

F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988

F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préface L. AYNÈS, Economica, 2007

P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931

A. de BEAUVERGER, *Droit romain: de la tradition ; Droit français: de la tradition à titre onéreux des droits réels immobiliers à l'égard des tiers*, Paris, F. Pichon et A. Cotillon imprimeurs, 1881

D. de FOLLEVILLE, *De la possession précaire*, (Extrait de la revue pratique de droit français T. XXXVIII), Marescq Aîné, 1875

C.-M.-S. de VALICOURT, *Du développement historique des contrats réels*, imprimerie de la société du Pas-de-Calais, 1885

J.-L.-F. de WEGMANN, *De la Translation conventionnelle du droit de propriété*, Typographie Hennuyer, 1861

Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix en Provence, 1981

R. DERRIDA, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, thèse, Alger, 1940

J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz, 1951

M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préface A. SÉRIAUX, Economica, 1997

J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte gratuit*, LGDJ, 1955

J.-F. DURAND, *Le droit de rétention*, thèse, Paris, 1979

P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931

A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, préface A. BÉNABENT, Economica, 2002

A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel – essai d'un renouveau par le droit des biens*, thèse, Paris, 2003

B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préface J. MESTRE, PUAM, 1997

J.-M. FLORAND, *La présomption de garde*, thèse, Paris, 1985

Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse, Paris, 1977

V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, avant-propos C. ATIAS, préface G. PIGNARRE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 480, 2007

J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préface R. NERSON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 64, 1965

M. GARNIER, *Le prêt à usage*, thèse, Nancy, 2002

E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, réed. Dalloz, 2004

M. GENICON, *De la règle Nemo praecise potest cogi ad factum*, thèse, Bordeaux, 1910

T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préface L. LEVENEUR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 484, 2007

M. GENINET, *Théorie générale des avants-contrats en droit privé*, thèse, Paris, 1985

F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921

J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006

A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties – Étude de droit civil français*, préface D. TALLON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 166, 1980

S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance - Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960

M.-S. GIRAUDET, *Le service d'ami en droit civil français*, thèse, Paris, 1990

C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préface Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 509, 2009

G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface D. TALLON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 93, 1969

E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1912

C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 180, 1983

B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préface D. TALLON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 42, 1964

C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitution et responsabilité*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 218, 1992

P.-D. HAUMANT, *De l'obligation de livrer imposée au vendeur en Droit romain*, Nancy, Imprimerie administrative et commerciale du Journal "la Frontière", 1896

J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préface P. RAYNAUD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 117, 1971

X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Nancy, 1992

C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 233, 1993

S. HOURDEAU, *La sous-traitance de construction. Essai sur la typicité dans les contrats*, thèse, Poitiers, 2000

J. HUET, *Responsabilité et garantie contre les vices cachés*, Litec, coll. Connaissance et pratique du droit, 1987

J. CAYRON, *La location de biens meubles*, préface Ph. DELEBECQUE, PUAM, 1999

P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés. Essai de théorie générale*, Thèse, Paris, 1997

F. JACQUOT, *Du contrat de vente au droit de la vente*, thèse, Nancy, 1988

C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 215, 1991

R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978

C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français, essai sur les biens, la propriété et la possession*, avant –propos F. CHABAS, préface C. ATIAS, L'harmattan, 2009

F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 241, 1994

Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface H. MUIR-WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 419, 2004

C. LAMAZEROLLES, *Les apports de la convention de Vienne au droit interne de la vente*, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2003

Y. LARIVIÈRE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit ; de la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse, Paris, 1944

A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préface J. MESTRE, PUAM, 1992

E. LEDUC, *Des avant-contrats*, thèse, Paris, 1909

E. LÉVY, *Preuve par titre de propriété immobilière*, Pedone, 1896

H. LÉVY-BRUHL, *Cours de droit romain, année 1955-1956*, Service d'édition des cours de la faculté de droit, Paris

R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface P. MAYER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 225, 1992

L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, thèse, Rennes, 1972

B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, thèse, Paris, 1999

Y. LOUSSOUARN, *Cours de droit civil (doctorat), Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, 1970

F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préface. L. LORVELLEC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 283, 1997

A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préface M. FABRE-MAGAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 441, 2005

M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préface G. CORNU, éd. Cujas, 1991

Ph. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, Cours de doctorat Paris II 1974-1975*, coll. Les cours de droit, 1975

C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 321, 1999

T.-M. MARGELLOS, *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété, étude de droit comparé*, préface J.-M. BISCHOFF, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 197, 1989

P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, préface Ph. DELEBECQUE, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André TUNC, T. 4, 2004

E. MASSIN, *Droit romain; caractère pécuniaire des condamnations. Droit civil; de l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, thèse, Paris, 1893

M. MAUSS, *Essai sur le don*, Quadrige, PUF, réimpr. 2008

G. MEAUX, *Le dépôt commercial de marchandises*, thèse, Lille, 1957

F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préface A. BÉNABENT et A. LYON-CAEN, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001

C. MOYSAN, *La précarité dans les relations contractuelles en droit privé*, thèse, Tours, 1993

I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface P. RAYNAUD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 85, 1967

V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préface J. HÉRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 267, 1996

A. OTTENHOF, *La réception dans les relations contractuelles*, thèse, Toulouse, 2002

J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface J. BRETHE de la GRESSAYE, LGDJ, T. 91, Bibliothèque de droit privé, 1969

G. PACILLY, *Le don manuel*, Imprimerie Caron et Cie, 1936

J. PARAMELLE, *De l'obligation pour l'acheteur d'effets mobiliers de prendre livraison*, Jouve et Cie éditeurs, 1927

B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préface L. AYNÈS, avant-propos, F. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André Tunc, T. 15, 2008

A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préface M. GRIMALDI, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001

T. PERALTA ESCUER, *Evicción de servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Tessitex, Servei de publicacions Universitat de Lleida

F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, avant-propos J.-M. MOUSSERON, préface F. DERRIDA, Litec, 1988

N. PETERKA, *Les dons manuels*, préface P. CATALA, LGDJ, bibliothèque de droit privé, T. 355, 2001

L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai de théorisation à partir d'une distinction*, thèse Montpellier, 2005

J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 119, 1971

S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préface J. BEAUCHARD, PUAM, 2004

C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, Librairie de la société du recueil Sirey, 1910

C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, essai sur la durée du droit de propriété*, préface C. ATIAS, PUAM, 2000

N. PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse, Montpellier, 1997

P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préface B. TEYSSIÉ, éd., Panthéon Assas, 2002

C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préface Ph. BRUN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2010

L. RADULESCO, *La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation*, thèse, Paris, 1923

C. REGNAULT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, préface de J. PRIEUR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 242, 1994

T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préface F. ZÉNATI, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préface C. JAMIN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003

G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949

R. ROBAYE, *L'obligation de garde, essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987

N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, préface de A. GHOZI, Économica, 1998

P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz coll. Philosophie du droit, 1963

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965

A. ROUILLER, *La maxime "nemo plus juris..." en droit civil français, Etude synthétique et critique*, thèse, Rennes, 1964

M.-È. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la réparation*, préface P. HÉBRAUD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 135, 1974

R. SAINT-ALARY, *La détention. Notion et portée d'application en droit privé français*, Imprimerie Toulousaine, 1941

R. SALEILLES

- *De la possession des meubles en droit allemand et en droit français*, Paris, Librairie générale de droit, 1907
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890
- *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, impr. de Darantière, 1894

P. SALVAGE, *La rétention*, thèse, Grenoble, 1968

É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface J.-L. AUBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 264, 1997

L. SELOSSE, *Essai sur la possession précaire*, thèse, Douai, 1874

J. SÉNÉCHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, recherches sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préface M. DÉFOSSEZ, PUAM, 2008

M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare, la prestaciòn de custodia en el derecho romano*, Tebar, 1^{ère} éd., 2007

A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd., 2007

J. TAXIL, *La singularité de l'obligation de ne pas faire*, Thèse, Aix-en-Provence, 2003

B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préface J.-M. MOUSSERON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 139, 1975

I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, préface M.-L. MATHIEU-IZORCHE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 471, 2006

J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, préface de F. TERRÉ, Economica, 1981

A. TUNC, *Le contrat de garde*, Jouve et Cie, 1941

S. VACRATE, *La société créée de fait, essai de théorisation*, préface H. LÉCUYER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 405, 2003

C. VERDALLE, *De la tradition en droit français*, Imprimerie du "Courrier de l'Ain", 1899

S. VICENTE, *L'activité en tant que bien*, thèse, Grenoble, 1999

M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, Montchrestien, 1960, réed. 1998

M. WAELBROECK, *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, préface Baron LOUIS-FREDERICQ, BruxellesBruylant, 1961

P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1444 du Code civil*, préface I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer, 1993

G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préface J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 253, 1997

C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préface D. SCHMIDT, Economica, 1981

F. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981

3. ARTICLES, NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES, ENCYCLOPEDIAS

C. ALBIGÈS, *La constitution de la fiducie*, Dr. et patr. 2008, n°171, p. 46

E. ALFANDARI, *Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté*, D. 1996, chron. p. 277

F. ALT-MAES, *Une évolution vers l'abstraction: de nouvelles applications de la détention*, RTD civ. 1987, p. 21

S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, Defrénois 2002, p. 355

P. ANCEL

- *Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 octobre 1989*, D. 1991, p. 225
- *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999, p. 771
- *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 163
- *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, RDC 2004, p. 1087

P. ANCEL, Ph. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE et S. PIMONT, *Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats*, JCP 2008, I, 213

C. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine – Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, novembre – décembre 1906, p. 740

C. ATIAS, *L'équilibre renaissant de la vente*, D. 1993, chron. p. 1

C. AUBERT de VINCELLES

- *Rep. civ. Dalloz, V° Bail*, septembre 2007
- *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983

A. AYNÈS, *Validité et spécificité du gage-espèces*, RDC 2008, n°2, p. 425

J.-J. BARBIÉRI

- *Pour une théorie spéciale des relations contractuelles*, RDC 2006, p. 621
- *Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ?* Note sous Cour de cassation (ch. mixte) 26 mai 2006, Revue des sociétés 2006, p. 808

D. BAZIN-BEUST, *La transmission à l'acheteur des créances de réparation liée au bien vendu*, D. 2003, p. 2993

S. BECQUÉ-ICKOWIZC, *Le rôle de la traditio dans le transfert de propriété*, in, *Le code de commerce 1807-2007, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 473

A. BÉNABENT,

- *Note sous A. P.*, 7 février 1986, D. 1986, jur. p. 293
- *Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993*, D. 1994, p. 248

A. BÉNABENT et I. DAURIAC, *Le contrat de coffre fort n'est pas une location, faute de libre accès*, RDC 2006, p.335

B. BERGMANS, *Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé*, 1990, n°3, p.411

P. BERLIOZ, *La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I*, Journal du Droit International (Clunet) 2008, n°3, p. 675

N. BINCTIN, *Jsl. Civil Code, Art. 565 à 577, Fasc. Unique, Propriété, – Droit d'accession relativement aux choses mobilières*, 15 février 2009

P. BIHR, *Le temps de la restitution dans le prêt à usage*, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p.33

A. BISCARDI, *Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain*, Rev. hist. Droit, 1992, p. 187

G. BLANLUET, *Le moment du transfert de la propriété*, in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.409

G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, *La fiducie, une œuvre inachevée - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, JCP 2007, I, 169

P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ. 1988, p.673

R. BONHOMME, *La dissociation des risques et de la propriété*, in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 70

É.-L.-J. BONNIER, *De la transmission de la propriété par l'effet des obligations*, rev. lég. et jur., avril-septembre 1837, t.6, p. 432

B. BOUBLI, *Rep. civ. Dalloz, V° Contrat d'entreprise*, avril 2003

H. BOUCARD, *L'agrégation dans la vente : dits et non-dits de la Cour de cassation*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, JCP 2010, p. 842.

B. BOULOC, *note sous Cass. com. 8 octobre 1996*, RTD civ. 1997, p. 309

L. BOYER,

- *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1
- *Rep. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions*, août 1993

C. BRENNER, *Rep. civ. Dalloz, V° Acte*, septembre 2006

R. BRUGEILLES, *Recherche d'une base scientifique pour la classification des droits et des obligations*, RTD civ. 1910, p. 361

Ph. BRUN, *comm. sous Cass. civ. 3^e, 27 juin 2001*, D. 2002, p. 1004

M. BRUSCHI, *Au-delà du réel: le crédit immobilier?*, D. 1999, p. 194

M. CABRILLAC, *Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel*, note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, RTD com. 2000, p. 991

L. CADIET, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, préface G. CORNU, Economica, 1987, p. 30

J. CALAIS-AULOY

- *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, p. 23
- *Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité*, RTD civ. 2005, p. 701

H. CAPITANT, *Rapport au ministre de l'instruction publique et des beaux arts sur le concours général ouvert le 4 juillet 1927 entre les étudiants de troisième année des facultés de droit de l'État*, J. O. 27 août 1927, p. 9080

J. CARBONNIER

- *Obs. sous Cass. com. 9 mars 1949*, RTD civ. 1949, p. 536
- *Obs. sous Cass. civ. 14 août 1950*, RTD civ. 1951, p. 388
- *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 38
- *Les choses inanimées ont-elles une âme ?*, in *Anthropologies juridiques, Mélanges Pierre Braun, cahiers de l'institut d'anthropologie juridique*, PULIM, 1998, p. 135

R. CARDILLI, *L'obligation de praestare et la responsabilité contractuelle en droit romain*, Revue internationale des droits de l'antiquité, 1996p. 81

N. CATALA-FRANJOU, *De la nature juridique du droit de rétention*, RTD civ. 1967, p. 42

G. CAVALIER, *La notion de fourniture de services au sens de Bruxelles I*, RLDA 2009, n°39, p. 57

J. CHARMONT, *De la possession des meubles d'après le livre de M. Saleilles*, RTD civ. 1907, p. 41

J.-P. CHAZAL et S. VICENTE

- *Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services*, JCP 1997, II, 22821
- *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil*, RTD civ. 2000, p.477

F. CHÉNÉDÉ

- *La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel*, comm. sous Cass. civ. 1^{ère} 19 juin 2008, D. 2008, p. 2555
- *Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage*, D. 2010, p. 718

C.-E. CLAYES, *La notion de possession. Pour une approche pédagogique nouvelle*, in *Études dédiées à la mémoire de Gérard Dehove*, PUF, 1983, p. 111

F. COHET-CORDEY, *L'obligation de délivrance du bailleur dans les contrats de location d'un bien immobilier*, AJDI 2008, p. 1014

F. COLLART-DUTILLEUL, *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens*, RDC 2006, p. 604

F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ, *obs. sous Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993*, RD. imm. 1995, p. 600

F. COMBESCURE, *Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. leg. jurisp. 1903, p. 477

A. CONSTANTIN, *note sous Cass. civ. 1^{ère} 19 juin 2008*, JCP 2008, II, 10150

I. CORNESSE, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles*, RRJ 2003, n°4, p.2 433

G. CORNU

- *Note sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 janvier 1979*, RTD Civ. 1979, p. 807
- *Note sous CA Colmar 30 janvier 1973*, RTD civ. 1973, p. 789
- *Note sous Cass. com., 24 novembre 1980*, RTD civ. 1981, p. 651
- *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 100

A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, essais sur les causes d'une controverse doctrinale*, RTD civ. 2005, p.521

N. CUZACQ, *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution*, LPA 07 mai 2003, n° 91, p. 4

Ms de VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTD civ. 1905, p. 458

V.-J. DEBEAURAIN, *Les formes modernes du don manuel*, JCP éd. N. 1979, Doctr, 276

F. DEBRUYNE, *Le point de vue de l'acheteur, in Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, colloque Montpellier, Cahiers dr. Entr. 1995/5, p. 40

R. DECCOTIGNIES, *L'exécution de l'obligation de délivrance*, in *La vente commerciale de marchandises. Études de droit commercial*, sous la direction de J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p.161

N. DECOOPMAN, *La notion de mise à disposition*, RTD civ. 1981, p.300

N. DEJEAN de la BÂTIE, *note sous Cass. ch. mixte, 26 mars 1971*, JCP 1971, II, 16957

Ph. DELEBECQUE

- *JscI. Contrats – Distribution, fasc. 110, Clauses d'allègement des obligations*
- *Obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1997*, D. 1998, somm. p. 197

A. DELFOSSE et J.-F. PENIGUEL, *Premières vues sur la fiducie*, Defrénois 2007, p. 581

R. DEMOGUE, *Des contrats provisoires*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 159

F. DERRIDA et C. HANNOUN, *Rep. civ. Dalloz, V° rétention*, octobre 2000

O. DESHAYES, *La distinction entre les clauses de non-obligation et les clauses exonératoires de responsabilité*, *obs. sous Cass. com. 17 février 2009*, RDC 2009, p. 1379

P. DIDIER, *Les biens négociables*, in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 327

B. DONDERO, *Rep. de droit des sociétés*, Dalloz, V° Société créée de fait, février 2009

W. DROSS

- *La fonction ambiguë de l'action possessoire*, Defrénois 2006, p. 127
- *Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil*, RTD civ. 2006, p.27

W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, *L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique*, D. 2009, p. 508

J.-H. Du GARREAU de la MÉCHENIE, *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*, RTD civ. 1944, p. 219

A. ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, in *Le Code civil, 1804-1904, livre du centenaire*, T. I, Société d'études législatives, réimpr. 1969, Edouard Duchemin, p. 5

P. ESMEIN

- *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1933, p. 627
- *Les conventions d'occupation précaire d'un immeuble*, JCP 1952, I, 1059
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1953*, JCP 1953, II, 7677
- *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 235

H. FABRE, *obs. sous CA Paris, 9 janvier 1980*, D. 1981, p. 219

R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD com. 1977, p. 193

M. FABRE-MAGNAN

- *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p.86
- *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD civ. 1997, p. 583
- *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, sous la direction de A. SUPLOT, Droit et société, LGDJ, T. 22, 1998, p. 101

L. FELLER, *Précaires et livelli, les transferts patrimoniaux ad tempus en Italie*, *Mélanges de l'Ecole française de Rome, Moyen-âge*, 1999, Vol. 111, n° 2, p. 725

J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Rippert*, T.1, LGDJ, 1950, p. 93

V. FORRAY

- *Un nouveau contrat spécial: la fiducie - Exégèse de l'article 2011 du Code civil*, LPA 13 novembre 2007, n°227
- *Re contrahitur obligatio ? La survie de l'hypothèque au contrat de prêt annulé*, LPA 2 mai 2009, n° 94

J. FOYER, *Le principe du gage avec dépossession*, in *Le gage commercial. Études de droit commercial*, sous la direction de J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1953, p.16

M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995, p. 573

J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, chron. p. 229

J.-L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*, APD, T. 24, p. 139

D. GARREAU, *JscI Civil Code, Art. 1585 à 1588, Vente. Vente en bloc. Vente au poids, au compte ou à la mesure. Vente à la dégustation. Vente sur échantillon. Vente à l'essai*, 15 décembre 2006

J. GATSI, *JscI. Contrats – distribution, fasc. 310, Vente commerciale, obligation de délivrance, sanction de l'inexécution*, 1^{er} juillet 1999

P.-Y GAUTIER

- *Du contrat de précaire sur les images de cinéma*, D. 1989, chron. p. 113
- *L'acheteur doit-il se montrer diligent pour avoir le droit d'invoquer l'exception d'inexécution contre son vendeur ?*, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 et Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, RTD civ. 1993, p. 376
- *Sous le Code civil des français : Rome (l'origine du droit des contrats)*, in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 51
- *Résiliation unilatérale du contrat de prêt à usage, ou comment le droit commun n'est pas forcément approprié*, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, RTD civ. 2004, p. 312
- *Exécution forcée du pacte de préférence : un peu de victoire à la Pyrrhus, beaucoup de probatio diabolica*, D. 2006, p. 1861
- *Prolegomènes à une théorie générale des contrats spéciaux*, RDC 2006, p. 610

E. GAVIN-MILAN

- *Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux*, RJJ 2003, n°1, p. 121
- *Étude anthropologique de la tradition dans les contrats réels*, RJJ. 1996n°4, p. 1141

T. GENICON

- *Obs. sous, Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 2008*, RDC 2009, p. 70
- *Le régime des clauses de réparation : état des lieux et perspectives*, RDC 2008, p. 991

F. GÉNY

- *Note sous CA Bourges 13 juillet 1943*, JCP 1944, II, n° 2543
- *Note sous CA Nancy, 11 mars 1947*, JCP 1947, II, 3869

L. GERNET, *Le droit de la vente et la notion de contrat en Grèce d'après M. Pringsheim*, Revue historique de droit français et étranger 1951, p. 560

J. GHESTIN

- *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chron. p. 1
- *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 203

C. GIVERDON, *Obligations fondamentales de l'acheteur*, in *La vente commerciale de marchandises. Études de droit commercial*, sous la direction de J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p.241

F. GORÉ

- *Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer*, RTD civ. 1947, p.162
- *Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre*, D. 1954, chron. p. 31

G. GOUBEAUX, *L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs*, Defrénois 1976, p. 374

O. GOUT et I. MARIA, *Réflexions sur la transmission des actions en garantie de conformité*, JCP 2008, I, 109

J.-P. GRIDEL, *Article 2279 cc. La bonne foi de l'acquéreur a non domino s'apprécie au moment de sa mise effective en possession*, D. 2002, p.671

M. GRIMALDI

- *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois 1991, p. 961
- *Le contrat et les tiers*, in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 163

F. GRUA

- *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, p. 259
- *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492
- *L'obligation et son paiement*, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 482
- *Jscf. Civil code, Art. 1875 à 1879, fasc.. unique, Prêt à usage, caractères*, 15 juin 2004
- *Jscf. Civil code, Art. 1235 à 1270, fasc. 14, Monnaie, nature de la monnaie*, 5 septembre 2004

C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, APD T. 24, p. 259

F. GUERCHOUN, *Rep. civ. Dalloz, V° Astreinte*, avril 2008

P. GUYOT, *Une nouvelle conception de la théorie des contrats réels*, *Revue générale du droit*, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger 1911, p. 152

D. HIEZ, *La nature juridique de la dation en paiement - Une modification de l'obligation aux fins du paiement*, RTD civ. 2004, p. 199

J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, RTD civ. 1969, p. 664

D. HOUTCIEFF, *Les promesses à l'épreuve de la dure réalité du prêt*, RDC 2004, p. 743

J. HUET

- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 19 novembre 1996, JCP 1997, II, 22862
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}* 11 octobre 1983, RTD civ. 1984, p. 731
- *Obs. sous Cass. com. 25 septembre 1984*, RTD civ. 1986, p. 143
- *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.425
- *Des distinctions entre les obligations*, RDC 2006, p.89

M. HUREAUX, *Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre vifs. Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure*, Revue de droit français et étranger 1846, T. III, p. 765

J. ISSA-SAYEGH, *Jsc. Civil*, art. 1235 à 1248, fasc. n°30, *Contrats et obligations, extinction des obligation, paiement : objet, moyens et frais*, 13 juillet 2006

Ph. JACQUES, *Les responsabilités liées à la conduite d'une négociation*, RLDC 2009, supplément au n°58, p. 36

Ch. JAMIN

- *Propos démodés sur les effets d'une généralisation éventuelle de la réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers corporels*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995 p. 29
- *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001,
- *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Études offertes à Jacques Béguin. Droit et actualités*, Litec, 2005, p. 381

W. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD civ. 1976, p. 700

Ph. JESTAZ

- *Note sous Cass. civ. 3^e, 23 mars 1968*, D. 1970, p. 663
- *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journée René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985*, PUF, 1986, p. 100
- *Rapport de synthèse*, in *L'unilatéralisme et le droit*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, Études juridiques, 1999, p. 89

M.-N. JOBARD-BACHELLIER

- *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, RTD civ. 1985, p.1
- *Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel*, D. 2001, p. 1615

P. JOURDAIN

- *Acte de courtoisie : nature délictuelle de la responsabilité du bénéficiaire de l'acte*, obs. sous Cass. civ. 2^e, 26 janvier 1994, RTD civ. 1994, p. 864
- *Note sous Cass. civ. 3^e, 12 décembre 2001*, RTD civ. 2002, p. 303

R. JUAN-BONHOMME, *La dissociation des risques et de la propriété*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 70

N. KANAYAMA

- *De l'obligation de couverture à la prestation de garantir*, in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p.375
- *Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire*, in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.473

J.-P. KARILA, *Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage*, D. 1990, chron. p. 307

C. KUHN

- *La mission du fiduciaire*, Dr. et patr. 2008, n°171, p. 52
- *Une fiducie française*, Dr. et patr. 2007, n°158, p. 32

J. LACHAUD, *Le contrat de mise à disposition*, Gaz. Pal. 1997, doct. p.572

X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999, I, n°40

M. LAINE, *La monnaie privée*, RTD com. 2004, p. 227

G. LARDEUX, *Le caractère d'ordre public de l'obligation de délivrance*, RDC 2003, p.118

C. LARROUMET

- *Obs. sous CA Reims, 28 juin 1976*, D. 1978, IR., p. 207
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1994*, JCP 1995, II, 22491

A. LAUDE, *La fongibilité*, RTD com., 1995, p. 307

C. LAVIALLE, *La condition juridique de la monnaie fiduciaire*, RFDA 2009, p. 669

A.-V. LE FUR, *L'acte d'exploitation de la chose d'autrui*, RTD civ. 2004, p. 429

Ph. le TOURNEAU, *Le parasitisme dans tous ses états*, D. 1993, p. 310

C. LEBEL, *Évolution de la propriété mobilière et don manuel (Origine et exception à la règle de la solennité des donations entre vifs)*, Dr. et patr. 1999, n°74

A. LEBOIS, *Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel*, JCP 2008, I, 210

H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit. Mélanges en l'hommage de François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 643

F. LEDUC, *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?*, RTD civ. 1995, p. 307

D. LEGEAIS

- *Le gage de meubles corporels*, JCP 2006, n°20 supplément p. 12
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2006*, RTD com. 2006, p. 887

J.-F. LEMARIGNIER, *Les actes de droit privé de Saint Bertin au haut Moyen-âge. Survivance et déclin du droit romain dans la pratique franque*, RIDA 1950, p. 35

D. LÉOTY, *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?*, RTD civ. 1975, p. 12

J. LEPARGNEUR, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis*, RTD civ. 1924, p. 481

L. LEVENEUR

- *Des liens entre la délivrance et le paiement, note sous Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996*, CCC 1997, n°45, p. 8
- *Classification des contrats: le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé*, JCP éd E. 2000, p. 1383
- *Note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2000*, CCC. 2001, comm. n°5

- *La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi*, JCP 2006, II, 10142

R. LIBCHABER

- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 1995*, D. 1995, somm. p. 228
- *L'usufruit des créances existe-t-il?*, RTD civ. 1997, p. 615
- *L'escompte d'un chèque de casino contre remise de plaques de jeu est une opération de crédit illicite*, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1998, D. 1999, somm. p. 112
- *Perspectives sur la situation juridique de l'animal*, RTD civ. 2001, p. 241
- *Pour les contrats réels, quand même !*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2001, Defrénois 2002, n°4, p. 259
- *Une difficulté singulière: le rôle de la délivrance dans le legs d'une quote-part indivise*, D. 2002, p. 2555
- *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 297
- *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211
- *Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 2005*, Defrénois 2005, p. 1233
- *Une fiducie française, inutile et incertaine...*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.303
- *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, 1^{ère} partie, Defrénois 2007, p. 1094
- *Note sous Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 2008*, Defrénois 2008, p. 2499
- *Note sous Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009*, Defrénois 2009, p. 1270
- *Rep. civ. Dalloz, V° Biens*, septembre 2009

S. LICARI, *Pour la reconnaissance de la notion d'incombance*, RRJ 2002, p. 703

G.-A. LIKILLIMBA, *La possession corpore alieno*, RTD civ. 2005, p. 1

C. LISANTI-KALCZYNSKI, *L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse*, JCP 2003, I, 102

G. LOISEAU, *Réflexion sur la nature juridique du paiement*, JCP 2006, I, 171

F.-X. LUCAS, *La société dite « créée de fait »*, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737

S. LUCAS-RAFFALLI, *Le corpus virtuel, la notion de corpus virtuel a-t-elle seulement un sens?*, RRJ 2000, n°4, p. 1459

F. MACORIG-VENIER, *Note sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994*, D. 1995, p. 52

D. MAINGUY

- *Le droit de l'acquéreur dans la vente avec transfert de propriété retardé*, JCP. N. 1996, p. 501
- *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD. Civ. 2004, p. 1
- *Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?*, RDC 2006, p. 615
- *Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence*, D. 2007, p. 1698

Ph. MALAURIE, *Rapport de synthèse in Faut-il retarder le transfert de propriété?*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995, p. 46

Ph. MALINVAUD, *La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose*, JCP 1968, I, 2153

L. MARINO, *Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise*, Defrénois 2001, p. 907

D. R. MARTIN,

- *Du titre et de la négociabilité (À propos des pseudo-titres de créance négociables)*, D. 1993, p. 20
- *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1996, Chron. 47
- *Du billet au porteur, obs. sous Cass. com. 15 janvier 2002*, D. 2003, somm. p. 341
- *La théorie de la scripturalisation*, D. 2005, 1702

C. MASCALA, *note sous Cass. civ. 3^e, 23 février 1994*, D. 1994, p. 524

M.-L. MATHIEU-IZORCHE et S. BENILSI, *Rep. civ. Dalloz, V^o Paiement*, mai 2009

L. MAUGER-VIELPEAU, *Jsc. Contrats – Distribution, fasc. 370, Retirement*

C. MAURO, *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois 2000, n°37226, p. 1024

J. MAZEAUD, *Note sous Civ. 1^{ère} 12 Juillet 1966*, D. 1966, p. 614

H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, RTD civ. 1936

D. MAZEAUD

- *L'attraction du droit de la consommation*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 106
- *Exécution forcée de l'obligation contractuelle de faire, note sous Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005*, RDC 2006, p. 323
- *Observations conclusives*, RDC 2006, p. 177

S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Les conventions de mise à disposition en droit rural*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.30

J. MESTRE, *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1988*, RTD civ. 1989, p. 310

J. MESTRE et B. FAGES, *obs. sous Cass. com., 23 janvier 2007*, RTD civ. 2007, p. 340

E. MEYNAL, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Rev. prat. 1884, p. 390

N. MOLFESSIS, *Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?*, RDC 2005, p. 37

M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, *La responsabilité des personnes obligées à restitution*, RTD civ. 1993, p. 757

L. MORELLE, *Les actes de précaire, instruments de transferts patrimoniaux (France du Nord et de l'Est, VII^e-XI^e siècle)*, Mélanges de l'Ecole française de Rome, Moyen-âge, 1999, Vol. 111, n° 2, p. 615

O. MORITA, *L'origine doctrinale de l'article 1142 du code civil. Essai sur l'adage "Nemo praecise cogi potest ad factum"*, Rev. hist. dr. 1995, p. 201

J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, *À propos des contrats d'assistance et fourniture*, D. 1973, chron. p. 199

J.-L. MOURALIS, *Rep. civ. Dalloz, V° Jeu-pari*, mars 2004

J. NOIREL, *Le droit civil contemporain et les situations de fait* RTD civ. 1959p. 456

B. NUYTEN et L. LESAGE, *Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, Defrénois 1998, p. 497

C. OPHELE-ROSSETTO, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87

B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p.317

M.-T. PAIN-MASBRENIER, *Réflexions sur la notion de contrat de prêt et son incidence sur la qualification de l'ouverture de crédit*, CCC 2006, n°2, étude 3

G. PAISANT

- *Obs. sous Cass. com. 4 juin 1991*, D. 1992, somm. p. 200
- *Obs. sous CA Orléans, 13 avril 1994*, D. 1996, somm. p. 11

H. PÉRINET-MARQUET, *La réception des travaux : état des lieux. L'article 1792-6, dix ans après*, D. 1988, chron. p. 287

E.-H. PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la Cour de cassation*, RTD civ. 1914, p. 481

R. PERROT, *obs. sous Cass. civ. 3^e, 23 mars 2005*, Procédures 2005, comm. 129

A. PHILIPPIN, *Traditio - Obligation de livrer*, in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, T. 1, Paris, Sirey, 1935, p. 221

Y. PICOD, *Rep. civ. Dalloz, V° Obligations*, Janvier 2009

A. PIEDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, Montchrestien, Éditions techniques, 1986, p. 61

S. PIEDELIÈVRE

- *Vers la disparition des contrats réels ?*, D. 2000, p. 482
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2004*, JCP éd. E. 2004, n°1642
- *Le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose*, JCP éd. E. 2006, 2195

G. PIETTE, *La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006*, D. 2006, n°24, p. 1688

G. PIGNARRE

- À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, RTD civ. 2001, p.41
- L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié, vers la reconnaissance d'une obligation de *praestare* dans le contrat de travail, D. 2001, p. 3547
- La délivrance, fait générateur de l'obligation de retraitement de l'acheteur, D. 2002, p. 997
- Précisions sur l'étendu de l'obligation de délivrance et sur l'autonomie des dommages-intérêts consécutifs au défaut de conformité, D. 2002, p. 1007
- L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, D. 2007, p.384
- Rep. Civ. Dalloz, V° Dépôt, Janvier 2010

S. PIMONT

- Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage (1^{ère} partie), RLDC 2004, n°9, p. 15
- Note sous Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 1089

A. PINNA, *La mesure du préjudice consécutif à l'exécution d'une obligation de non-concurrence illicite*, JCP 2006, I, 192

M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, Rev. crit. 1904, p. 224.

C. POURQUIER, *La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit*, RTD com. 2000, p. 569

P. PUIG

- Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrat ?, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 913
- Le contrat d'entreprise translatif de propriété, in *Études offertes à Jacques Dupichot. Liber amicorum*, Bruylant, 2004, p. 394
- Contrat d'entreprise, contrat de vente: quelle frontière?, RDC 2005, p.1111
- La fiducie et les contrats nommés, Dr.et patr. 2008, n°171, p. 68
- Les techniques de préservation de l'exécution en nature, RDC 2005, p.85
- Prêt à usage et précaire: y a-t-il lieu de distinguer, RDC 2007, p.403
- Preuve du dépôt verbal : qui croire ?, RDC 2005, p. 1120
- Contrat de coffre-fort : l'énigme continue !, RDC 2006, p. 422
- Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825
- Prêt consensuel : cause encore et toujours..., RDC 2009, p. 188
- Prêt à usage : l'emprunteur a le droit de percevoir les fruits de la chose prêtée !, RDC 2009, p. 1138

C. QUÉZEL-AMBRUNAZ

- L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme, JRC 2010, n°1, p. 339
- L'acception européenne du « bien » en mal de définition, D. 2010, p. 2024

A. RABAGNY, *Le transfert et la preuve de la propriété : aperçu historique*, LPA 21 novembre 2002, n°233, p.5

M.-A. RAKOTOVAHINY, *Le contrat de mise à disposition d'un chose : un contrat par défaut ?*, LPA 20 octobre 2006, n°210, p.9

R.-M. RAMPENBERG, *La vente est-elle translatrice de la propriété? Variations franco-germaniques sur un thème romain*, Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques 1998, p. 49

G. RAYMOND, *Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation*, CCC 2007, p.5

J. RAYNARD, *Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, RDC 2006, p.597

V. REBEYROL, *La charge de la preuve de la remise des fonds dans le contrat de prêt*, D. 2010, p. 128

Ph. RÉMY

- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 20 juillet 1981, RTD civ. 1982, p. 427
- *Obs. sous TGI Paris*, 26 mai 1983, RTD civ. 1983, p. 121
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 9 mars 1983, RTD civ. 1983, p. 753
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 19 janvier 1988, RTD civ. 1988, p. 55
- *Obs. sous Cass. civ. 3^e*, 21 décembre 1987, RTD civ. 1988, p. 372
- *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, p. 323

T. REVET

- *Fraude paulienne à la créance de donner*, RTD civ. 2006, p. 343
- *Le Code civil et le régime des biens: questions pour un bicentenaire*, Dr. Et patr. 2004, n°124, p. 20
- *Le dénouement de la propriété temporaire*, RTD civ. 2008, p. 322
- *Les différentes ventes, in Faut il retarder le transfert de propriété ?*, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°5, 1995, p.8
- *Revendication du dépositaire contre le sous dépositaire en faillite (à propos de l'arrêt Com. 14 novembre 2000)*, RTD civ. 2001, p. 387
- *L'article 2279 du code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés, note sous Cass. Com. 7 mars 2006*, RTD civ. 2006, p. 348

J. ROCHFELD

- *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution*, RDC 2006, p.113
- *Rep. civ. Dalloz, V° Cause*, janvier 2005

R. RODIÈRE

- *La notion de dépôt nécessaire*, D. 1951, chron., p. 29
- *Note sous CA Aix*, 5 octobre 1954, JCP 1955, II, 8548
- *Note sous Cass. civ. 5 janvier 1956*, D. 1957, p. 261
- *Rep. civ. Dalloz, V° Dépôt*, avril 1994

A. ROUAST, *La prestation gratuite de travail*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 695

R. ROUTIER, *Les prêts liés : dans le dédale des solutions*, RLDA 2008, p. 93

F. ROUVIÈRE, *L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente*, RTD civ. 2009, p. 617

C. ROY-LOUSTAUNAU

- *Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux*, RTD com. 1987, p. 333
- *Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats*, D. 1988, chron. p. 216
- *Obs. sous Cass. soc. 3 juillet 2001*, Droit social 2001, n°11, p. 1020

J.-M. ROY, *La tolérance*, RRJ 1995, p. 502

S. SABATHIER, *Les espoirs suscités par la remise en cause du caractère réel du contrat de prêt*, RTD com. 2005p. 29

R. SACCO, *Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ?*, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 273

C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733

J. SAINTE-ROSE, *Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel*, JCP. 2000, II, 10296, p. 753

J. SAVATIER, *Les salaires d'inactivité*, Droit social 1984, p. 170

R. SAVATIER

- *Note sous Cass. req. 12 janvier 1927*, DP 1927, I, p. 145
- *Note sous Trib. civ. de la Seine, 17 octobre 1928*, D. 1929, II, n°141
- *La vente de services*, D. 1971, chron. p. 223

É. SAVAUX

- *Obs. sous Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003*, Defrénois 2003, p. 844
- *Obs. sous Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2006*, Defrénois 2006, p. 721
- *Obs. sous Cass. com. 23 janvier 2007*, Defrénois 2007, p. 1027
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 19 juin 2008*, Defrénois 2008, p. 1967
- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2009*, Defrénois 2010, p. 109

J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire des avant-contrats*, RTD civ. 2000, p. 24

A. SÉRIAUX

- *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, RTD civ. 1994, p.801
- *Conception juridique d'une opération économique : le paiement*, RTD civ. 2004, p. 225
- *Res perit domino*, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 390

Y.-M. SERINET, *Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation*, in *Liber amicorum, études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 871

J.-B. SEUBE

- *L'impossibilité d'exécuter en nature l'obligation de faire*, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2008, RDC 2009, p. 614
- *La clause de responsabilité et l'obligation accessoire*, note sous Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2009, RDC 2009, p. 1103
- *Revirement sur l'étendue des obligations du bailleur dans un centre commercial ?*, note sous Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, RDC 2007, p. 385

Ph. SIMLER, *Jsc. Civil., Art. 1136 à 1145, fasc. 10, Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire*, 19 février 2004

F.-L. SIMON, *La spécificité du contrat unilatéral*, RTD civ. 2006, p. 209

G. SOUSI, *La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, RTD civ. 1982, p. 514

B. SOUSI-ROUBI, *Le contrat d'échange*, RTD civ. 1978, p. 257

Ph. STOFFEL-MUNCK,

- *Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 6 juillet 2004, RDC 2005, p. 286
- *Comm. sous Cass. civ. 1^{ère}*, 6 juillet 2004, *Communication commerce électronique*, n°2 février 2005, comm. 31

A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Droit social 1997, p. 238

B. STARCK, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, D. 1974, chron. p. 157

S. STORCK, *La revendication des choses fongibles*, RRJ 1996-2p. 483

D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix)*, D. 1992, p. 67

R. TENDLER, *Le don manuel, une institution anachronique ?*, D. 1989p. 245

R. THÉRY, *De l'utilisation à la propriété des choses*, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, T.2, LGDJ, 1950, p.17

M. THIOYE, *Vente de meubles à fabriquer : le contrat est parfait dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels*, D. 2000p. 622

J.-P. TIZZIO, *La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle*, JCP 1980, I, 2975

O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'action et le contrat de vente*, D. 1989, chron. p. 237

A. TUNC, *note sous Trib. paix Candé, 27 novembre 1945*, D. 1947, p. 387

S. VALORY, *Le refus de recevoir un bien*, Dr. et patr. 2003, p. 63

P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, *Jsci Contrats - Distribution, fasc. 2070: Contrats de mise à disposition*, 18 juin 2002

R. VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de disposition*, RTD civ. 1967, p. 449

A. VIANDIER, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987

M. VILLEY, *Préface historique*, APD, T. 24, *Les biens et les choses*, p. 6

G. VINEY

- *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001
- *Obs. sous Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004*, JCP 2005, I, 132

J.-L. VULLIERME, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, APD T. 24, *Les biens et les choses en droit*, Sirey, 1979, p. 32

P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 218

R. WINTGEN

- *La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé*, RDC 2008, p. 73
- *Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution*, RDC 2006, p. 543

C. WITZ, *Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de la propriété en matière mobilière. Étude comparative*, in *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 339

M. ZAVARO, *Achèvement, inachèvement et réception*, Gaz. Pal. 1999, 2, doct. p. 1121

F. ZÉNATI

- *Chron.*, n°5, *Revendication mobilière*, RTD civ. 1991, p. 142
- *Obs. sous AP*, 12 juillet 1991, RTD civ. 1992, p. 593
- *Transfert de propriété par l'effet des obligations*, RTD civ. 1994, p. 132
- *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur)*, in *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 605
- *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD civ. 2006, p. 445

INDEX

Acte de complaisance : 216 et s.

- et garde de la chose : 217
- et usage de la chose : 220 et s.

Acte juridique : 303

Bail :

- allègement des obligations du bailleur : 317
- obligation de faire jouir paisiblement : 182 et s.
- obligation de mise à disposition : 184
- intensité de l'obligation de mise à disposition du bailleur : 311 et s.

Bien :

- notion : 2
- intellectualisation : 243

Cause :

- de l'obligation de restitution : 88 et s.
- du contrat : 90
- et chose : 92

Concession exclusive : 188 et s. ; 312.

Chose :

- argent : 274
- notion : 2
- usage : 52

Clause de non obligation et d'irresponsabilité : 313 et s.

Contrat :

- classification : 3 et s. ;

Contrat d'entreprise : 59 et s. ; 286 et s.

Contrat factice : 353 et s.

Contrat réel : 4 ; 186 et s.

- critique : 69 et s.
- évolution : 67 et s.
- gratuité : 74 et s.
- nature de la mise à disposition : 305
- promesse : 69 et s.
- restitution : 89 et s.

Convention d'occupation précaire : 192 et s.

Convention d'usufruit : 200 et s.

Dation en paiement :

- nature juridique : 77 et s.
- et paiement : 79 et s.

Dépôt :

- et obligation de mise à disposition : 198 et s.
- nécessaire : 207 et s.
- quasi-dépôt : 359

Détention :

- et mise à disposition : 113
- et obligation de délivrance : 105 et s.
- et enlèvement : 144
- et transfert de propriété subi : 50 et s.
- transfert : 32

Don manuel : 72 et s. ; 369 et s.

- remise détachée du contrat : 372 et s.
- promesse : 73 ; 373

Droit commun spécial des contrats : 3 ; 236 ; 391.**Droit de rétention :** 335**Enlèvement :** n°122 et s.

- et obligation de délivrance : 116 et s.
- et obligation de mise à disposition : 170
- et prise de livraison : 126
- et réception : 126
- et retirement : 125
- incombance : 130
- nature juridique : 130
- mode de réalisation : 131

Essai :

- et vente à l'essai : 228 et s.
- et vente à la dégustation : 230
- et remise détachée du contrat : 231

Exception d'inexécution :

- et droit de rétention : 335
- et obligation de mise à disposition : 336 et s.

Exécution forcée :

- de l'obligation de faire : 257 ; 261
- de l'obligation de mise à disposition : 321 et s.
- droit romain : 323 et s.
- impossibilité : 328 et s.
- différence entre exécution forcée directe et indirecte : 261

Fiducie :

- et contrat réel : 67
- et transfert de propriété : 56 et s.

Fourniture de services :

- et classification des contrats : 3 ; 284
- notion : 281 et s.

Franchisage : 188 et s. ; 312 et s.**Garantie d'éviction :**

- absence d'autonomie : 175
- notion : 173 et s.

Garantie des vices cachés : 125, 171**Individualisation :** 37 et s. ; 117 ; 131 ; 167

Jeu et pari : 385 et s.

Mise à disposition :

- Ancien droit : 162
- nature juridique : 302 et s.
- notion : 111 et s.
- obligation : V. *Obligation de mise à disposition*
- preuve : 304 et s.
- temporaire ou définitive : 114 ; 163

Non-droit :

- et complaisance : 216
- et remise de la chose : 81
- et remise détachée du contrat : 348 ; 366

Objet :

- du contrat : 3 ; 151 ; 199 ; 282
- de l'obligation : 92 ; 78 ; 160 ; 245 ; 255 ; 276 et s. ; 286 ; 296 ; 301 ; 341 ;

Obligation de conservation : 85 et s.

Obligation de délivrance :

- aspect actif : 117
- aspect passif : 116
- conformité : 125
- Convention de Vienne : 102
- droit romain : 15
- et livraison : 102
- et obligation de livrer : 101
- et obligation de mise à disposition : 169
- et opération de délivrance : 119
- et retirement : 117
- et transfert de détention : 105
- et transfert de possession : 104 et s.
- intensité : 309 et s.
- notion : 96 et s.

Obligation de donner : 5 ; 167 ; 241 et s.

- assiette : 243 et s.
- droit romain : 15
- et convention de donner : 249
- et détermination du prix : 250
- et notion de bien : 243
- et promesses synallagmatiques : 251
- et obligation de faire : 255 et s.
- et obligation de somme d'argent : 271 et s.
- et retard dans le transfert de la propriété : 246
- inexistence : 247 et s.
- inapplicabilité à la remise de la chose : 252
- paiement : 300

Obligation de faire : 5 ; 168

- exécution forcée : 257 ; 261
- et obligation de mise à disposition : 280 et s. ; 286 et s.
- et obligation de somme d'argent : 269
- inapplicabilité à la remise de la chose : 262 et s.
- interprétation extensive : 254 et s.
- notion : 259 et s.
- paiement : 300

- résolution : 343

Obligation de ne pas faire : 256 ; 288

Obligation de mise à disposition :

- aménagement : 313 et s.
- droit romain : 155 et s. ; 162
- et bail : 180 et s.
- et concession exclusive : 188 et s.
- et contrat d'entreprise : 286 et s.
- et contrat de licence : 288 et s.
- et contrat de travail : 156 ; 161
- et convention d'occupation précaire : 192 et s.
- et convention d'usufruit : 200 et s.
- et dépôt : 198 et s.
- et enlèvement : 170
- et franchisage : 188 et s.
- et garantie : 155 et s. ;
- et garantie d'éviction : 175
- et individualisation : 167
- et obligation de faire : 280 et s.
- et obligation de livrer : 157
- et obligation de somme d'argent : 273 et s.
- et prêts : 186 et s.
- et promesse de contrat : 168
- et responsabilité : 158
- exception d'inexécution : 334 et s.
- exécution forcée : 322 et s.
- incluant la pérennisation de la remise : 179 et s. ; 311 et s. ; 317 ; 337 et s.
- intensité : 308 et s.
- limitée à la remise de la chose : 191 et s. ; 309 et s. ; 316 ; 335 et s.
- paiement : 302 et s.
- résolution : 342

Obligation de moyens et de résultat : 85 ; 308 et s.

Obligation de *praestare* : V. *Obligation de mise à disposition*

Obligation de remise :

- dépassement : 204
- et cause de l'obligation de restitution : 90
- inconcevabilité : 5 ; 99

Obligation de restitution: 82 et s.

- et obligation de conservation : 84 et s.
- obligation de moyens et de résultat : 85
- cause : 88 et s.
- et résolution : 342

Obligation de retraitement :

- Convention de Vienne : 128
- et enlèvement : 125
- et obligation de mise à disposition : 170
- et transfert de propriété : 142 et s.
- et transfert des risques : V. *Transfert des risques*
- résolution : 132 et s.

Obligation de somme d'argent :

- et obligation de donner : 271 et s.
- et obligation de faire : 269 et s.

- et obligation de mise à disposition : 272 et s.

Pacte de préférence : 329

Paiement :

- dettes de jeu : V. *Jeu et pari*
- nature juridique : 296 et s.

Possession :

- confusion avec la propriété : 12
- *corpus* possessoire : 46
- et délivrance : 104 et s.
- et mise à disposition : 113
- et transfert de propriété en matière mobilière : 24 et s.
- rôle de l'*animus* : 17 ; 32 ; 104 et s. ; 143
- transfert : 13 et s. ; 32 ; 46

Précaire : 221 et s.

- et prêt à usage : 222 et s.
- et remise détachée du contrat : 225

Précarité : 193 et s.

Prêt à usage : 74

- cause : 89 et s.
- et obligation de mise à disposition : 186 et s.
- et précaire : 222 et s.

Prêt de consommation : 74

- cause : 89 et s.
- et obligation de mise à disposition : 186 et s.

Promesse synallagmatique : 251

Promesse unilatérale :

- absence d'obligation : 168
- et essai : 228
- et vente à la dégustation : 230

Propriété : 2

- notion : 28
- transfert : V. *Transfert de propriété*

Quasi-contrat :

- et dépôt nécessaire : 211
- quasi-contrats nommés : 360
- quasi-contrats innommés : 361

Quérabilité des dettes : 99

Réception : 60 ; 126

Remise de la chose : 1 et s.

- et biens incorporels : 37 et s.
- décomposition en un double mouvement : 1 ; 4 ; 95 et s.
- et obligation de délivrance : 98 et s.
- et obligation de faire : 262 et s.
- et transfert de possession : 13 et s.
- et transfert de propriété : 10 et s.

Remise détachée du contrat :

- application de la responsabilité délictuelle : 362 et s.
- et acte de complaisance : 216
- et contrat factice : 354
- et dépôt nécessaire : 211
- et don manuel : 371 et s.
- et essai : 230 et s.
- et garde de la chose : 363
- et jeu et pari : 386
- et précaire : 221 et s.
- et quasi-contrat : 358 et s.
- et remise de documents : 378 et s.
- et séquestre : 383
- et société créée de fait : 376
- et volonté : 350 et s. ; 368 et s.
- notion : 205

Résolution :

- judiciaire : 339 et s.
- des effets du contrat : 341
- effet rétroactif : 340
- restitution : 342 et s.
- retirement : 132 et s.

Séquestre :

- et remise détachée du contrat : 384
- refus de la qualification contractuelle : 383

Société créée de fait :

- refus de la qualification de contrat : 374
- qualification de l'apport : 375

Summa divisio des obligations en fonction de leur objet : 5 ; 238 ; 266 ; 292 ; 294 ; 346 et s. ; 391

Tolérance : 352

Tradition :

- civile : 41 et s.
- feinte : 17
- *incertae personae* : 158
- *nuda traditio* : 13
- réelle : V. *Remise de la chose*

Transfert de propriété :

- analyse critique : 26 et s.
- accessoire : 59 et s.
- des meubles : 24 et s.
- droit romain : 12 et s.
- et dation en paiement : 77 et s.
- et obligation de donner : 244 ; 248 et s.
- et réserve de propriété : 107
- et retirement : 142 et s.
- objet d'un paiement : 300
- par la réception : 61
- par l'usage de la chose : 52 et s.
- *solo consensu*: 20 et s. ; 42 ;
- subi : 49 et s.
- utilitaire : 55 et s.

Transfert des risques :

- critique du principe *res perit domino* : 137 et s.
- et obligation de retraitement : 140
- Convention de Vienne : 139

Vente :

- obligation de l'acheteur : V. *Obligation de retraitement*
- à l'essai : V. *Essai*
- obligation du vendeur : V. *Garantie d'éviction ; Garantie des vices cachés ; Obligation de délivrance ; Obligation de mise à disposition ;*
- report du transfert de propriété : 107
- transfert de propriété : V. *Transfert de propriété*
- transfert des risques : V. *Transfert des risques*
- Convention de Vienne : 102 ; 128

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
PARTIE 1 Appréhension juridique de la remise de la chose.....	19
TITRE 1 Conceptions de la remise de la chose	23
<i>CHAPITRE 1 La conception traditionnelle de la remise : une opération envisagée par ses effets</i>	<i>25</i>
Section I Le dépassement de la remise dans les contrats translatifs de propriété	26
§ 1. L'abandon progressif de la tradition dans les contrats translatifs de propriété	27
A. Les liens originels entre tradition réelle et transfert de propriété.....	27
1. Une tradition translatrice de la possession des choses	28
2. La dissociation entre tradition réelle et transfert de propriété	32
B. L'utilité de la tradition remise en cause par les conceptions modernes du transfert de propriété	34
1. L'analyse classique du transfert de propriété solo consensu	35
2. L'analyse critique de la notion même de transfert de propriété	40
a. Un droit de propriété intransférable ?	40
b. Le recours à l'analyse duale du transfert de la propriété	41
§ 2. L'hypothétique efficience translatrice de la tradition dans certaines opérations	46
A. L'apparente utilité dans certains contrats principalement translatifs de propriété	46
1. Les points de résistance de la tradition réelle	47
a. Le cas spécifique des choses de genre	48
b. La particularité des biens incorporels	50
2. Le recours à la notion de tradition civile	52
a. La conception "classique" d'une tradition purement théorique.....	52
b. Le renouvellement du concept de tradition civile.....	56
B. L'inutilité manifeste dans les contrats "accidentellement translatifs" de propriété	58
1. Un transfert de propriété "subi"	59
a. Un transfert de propriété imposé par la "nature des choses"	59
b. L'usage, condition de l'acquisition de la propriété.....	62
2. Un transfert de propriété utilitaire	64
a. Le transfert de propriété à titre temporaire	64
b. Le transfert de propriété à titre accessoire	68
Section II Le dépassement de la tradition dans les autres contrats	75
§ 1. L'affaiblissement du rôle "créateur" de la remise de la chose : la nécessaire limitation des contrats réels	76
A. Les liens entre remise de la chose et contrat réel	76
1. La notion et le rôle du contrat réel.....	77
2. Les contrats réels, objets de controverse.....	80
B. L'éventualité d'une efficience protectrice de la remise	82

1. Le point de résistance de la notion : le don manuel.....	83
2. La gratuité, condition essentielle à la qualification de contrat réel	85
3. Une résistance à la proposition : la qualification de la dation en paiement en contrat réel ?	90
a. Les difficultés analytiques de la dation en paiement	91
b. La réalisation d'un paiement	94
§ 2. La réduction du rôle de la remise dans l'analyse des restitutions.....	97
A. La recherche de l'unité fonctionnelle de l'obligation de restitution	98
1. Les variations de l'étendue de l'obligation de restitution	98
2. L'apparente subordination de la restitution à la conservation.....	102
B. L'unité dans la cause de l'obligation de restitution	105
1. L'analyse classique de la cause de la restitution.....	105
2. La présentation renouvelée de la cause de l'obligation de restitution.....	109

CHAPITRE 2 La conception renouvelée de la remise : une operation envisagée en tant que notion..... 115

Section I La délivrance, prémices de la notion de mise à disposition	117
§ 1. La dissociation entre délivrance et tradition réelle	118
A. Le refus d'une absorption de la délivrance par la remise de la chose ...	118
1. La remise de la chose envisagée classiquement, espèce d'un genre plus large	119
2. La distinction entre la délivrance et les autres opérations de mutation d'une chose	123
B. La rupture des liens entre délivrance et possession.....	128
1. Le pouvoir sur le bien en cause dans la délivrance	128
2. L'éventualité d'une persistance des liens entre le vendeur et la chose	131
§ 2. L'analyse de la délivrance à l'aune du concept de mise à disposition.....	136
A. Essai de définition de la notion de mise à disposition	137
1. L'exclusion d'un sens générique	137
2. Le vaste champ d'application de la notion de mise à disposition.....	140
B. L'application de la notion de mise à disposition à la délivrance	143
1. La double facette de la délivrance envisagée comme une mise à disposition	144
2. La mise en lumière d'une distinction entre obligation et opération de délivrance	146

Section II L'enlèvement de la chose, critère déterminant de la reconstitution de la possession.....	151
§ 1. La notion d'enlèvement de la chose	152
A. Un acte matériel au service de la délivrance	152
1. Les différentes acceptions de l'enlèvement	153
2. L'explication de la nécessité de l'enlèvement de la chose	157
B. L'enlèvement, une opération matérielle saisie par le droit.....	161
1. La matérialité nécessaire à toute opération portant sur une chose ..	161
2. La spécificité de la sanction du retraitement	166
§ 2. Les utilités de l'enlèvement	169
A. L'explication du principe du transfert des risques en contemplation de l'obligation de retraitement.....	170
1. Les difficultés issues du principe res perit domino	170
2. L'apport de l'obligation de retraitement.....	173
B. L'acquisition d'un pouvoir sur la chose	177
1. Une proposition doctrinale : le retraitement marquant le transfert de propriété.	178
2. La réalité du retraitement, la prise de pouvoir sur la chose	180

TITRE 2 Typologie des remises de la chose..... 187

CHAPITRE 1 La consécration d'une obligation portant sur la remise 189

Section I La réminiscence de l'obligation de praestare 191

§ 1. Les difficultés analytiques de l'obligation de praestare 191

A. La polysémie de la notion d'obligation de praestare 192

1. L'obligation de praestare et l'idée de garantie 192

2. L'obligation de praestare et l'obligation de livrer 196

B. Le détachement entre transfert de propriété et obligation de praestare 199

1. Les analyses "traditionnelles" : une obligation de praestare limitée au seul transfert de l'usage à titre temporaire 200

2. Une proposition : l'intégration des remises à titre définitif..... 203

§ 2. La détermination du contenu de l'obligation de praestare..... 206

A. Le contenu matériel de l'obligation de praestare : une obligation saisissant le mouvement de la chose en lui-même..... 207

1. Les obligations de praestare préparant l'octroi de la chose 207

2. Les obligations de praestare emportant l'octroi de la chose 213

B. Le contenu intellectuel de l'obligation de mise à disposition : l'intégration de la garantie d'éviction comme élément du praestare..... 215

1. L'apparente autonomie de la garantie d'éviction 217

2. Le rattachement de la garantie d'éviction à l'obligation de praestare 220

Section II La prégnance des obligations de mise à disposition en droit positif... 225

§ 1. Les obligations de mise à disposition obligeant tout au long du contrat . 226

A. Le parangon de l'obligation de mise à disposition : l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement..... 226

1. Les obligations du bailleur marquées par la continuité 227

2. L'unité des obligations du bailleur à la lumière de l'obligation de praestare..... 230

B. L'application du modèle dégagé à d'autres contrats 233

1. Obligation de mise à disposition et contrats de prêts de choses 234

2. Obligation de mise à disposition et opérations issues du droit de la distribution 237

§ 2. Les obligations de mise à disposition limitées à la seule remise de la chose 242

A. La présence d'une obligation de mise à disposition dans la convention d'occupation précaire 242

1. La révocation discrétionnaire, critère classique de la précarité du contrat 243

2. La ponctualité de la mise à disposition, critère renouvelé de la détermination de la précarité..... 245

B. Le large champ d'application de l'obligation purement matérielle de mise à disposition 248

1. Mise à disposition limitée à la remise et contrats de dépôt 248

2. Mise à disposition limitée à la remise et convention d'usufruit 251

CHAPITRE 2 La révélation de remises détachées du contrat..... 257

Section I Remises détachées du contrat et garde de la chose..... 259

§ 1. Une remise détachée du contrat produisant des effets de droit 260

A. Les hésitations dans le recours au dépôt nécessaire..... 261

B. Le dépôt nécessaire, une opération à la limite du contrat ? 263

§ 2. Une remise détachée du contrat dénuée de contenu obligationnel..... 267

A. Absence de dépôt mais surveillance de la chose 267

B. Absence de dépôt et acte de complaisance 269

Section II Remises détachées du contrat et usage de la chose	274
§ 1. L'assimilation du précaire à une remise détachée du contrat	275
A. L'autonomie discutée du précaire	275
B. La spécificité démontrée, une remise détachée du contrat incluant l'usage de la chose	278
§ 2. L'intérêt de la remise détachée du contrat dans la qualification des essais	282
A. La limite de la remise détachée du contrat : l'essai dans la vente à l'essai	282
B. L'apport de la remise détachée du contrat dans les remises à titre d'essai	287

PARTIE 2 Intégration des remises de la chose en droit positif..... 295

TITRE 1 La remise dans le contrat : la nécessité d'une classification 299

CHAPITRE 1 L'obligation de mise à disposition au sein de la summa divisio des obligations..... 301

Section I Les opérations de remise, point d'achoppement de la division des obligations en dare et facere	303
§ 1. L'incapacité de l'obligation de donner à saisir les remises de choses	304
A. Présentation de la notion moderne d'obligation de donner	305
1. Une obligation de donner intellectualisée	305
2. La relative efficacité de l'obligation de donner intellectualisée.....	309
B. Le rejet de l'obligation de donner	312
1. Le rejet théorique : l'incompatibilité entre l'automatisme du transfert et l'obligation	313
2. Le rejet pratique : le faible rayonnement jurisprudentiel de l'obligation de donner	316
§ 2. Les obligations de faire, catégorie refuge ?	320
A. L'interprétation extensive de l'obligation de faire	320
1. Les éléments de définition de l'obligation de faire	321
2. Les limites de l'interprétation extensive : le problème de l'exécution forcée	325
B. La nécessaire redéfinition de la notion d'obligation de faire	329
1. Une obligation portant sur l'activité personnelle du débiteur	329
2. L'exclusion des opérations de remise du champ des obligations de faire	332
Section II La clarification opérée par l'intégration d'une obligation de mise à disposition : la summa divisio entre obligations de praestare et de facere	337
§ 1. Le rapprochement entre praestare et obligation monétaire.....	338
A. Les difficultés de qualification de l'obligation monétaire	339
1. Le rejet de la qualification d'obligation de faire	339
2. L'hypothèse d'une qualification en obligation de donner.....	341
B. La qualification de l'obligation de somme d'argent en obligation de mise à disposition	343
1. L'obligation de somme d'argent : obligation portant sur une chose..	344
2. L'adéquation entre l'obligation de praestare et l'obligation de somme d'argent	347
§ 2. L'obligation de mise à disposition distinguée de l'obligation de faire	350
A. La notion de fourniture de services, critère de distinction entre faire et mettre à disposition ?.....	351
1. Le critère proposé classiquement : la distinction entre mise à disposition et fourniture de services	351

2. Un critère rendu inopérant par l'interprétation large de la notion de fourniture de services	354
B. La frontière proprement dite.....	357
1. L'apparente subordination du praestare au facere.....	358
2. L'effacement du facere au profit du praestare	362
<i>CHAPITRE 2 Recomposition de la summa divisio des obligations</i>	<i>367</i>
Section I Mise en évidence des caractéristiques de l'obligation de mise à disposition	368
§ 1. La mise à disposition envisagée comme un paiement	368
A. L'obscure qualification du paiement	369
1. L'impossible qualification unitaire du paiement	370
2. L'éventualité d'une distinction dans la qualification du paiement en fonction de la nature de l'obligation	374
B. La nature du paiement dans la mise à disposition	376
1. La nature juridique de la mise à disposition en tant qu'obligation	377
2. Un régime juridique unitaire pour la mise à disposition ? La confirmation par l'analyse de la mise à disposition hors du rapport d'obligation	380
§ 2. La mise à disposition envisagée à l'épreuve de la responsabilité du tradens	383
A. L'intensité de l'obligation de mise à disposition	383
1. L'intensité de l'obligation de mise à disposition limitée à la remise de la chose	385
2. L'intensité de l'obligation de mise à disposition prolongée tout au long du contrat.....	387
B. L'aménagement conventionnel de l'obligation de mise à disposition	391
1. Le cadre de l'analyse : les clauses d'allègement des obligations.....	392
2. L'articulation entre clauses d'allègement et obligation de mise à disposition	394
Section II Systématisation des conséquences de l'inexécution de l'obligation de mise à disposition	401
§ 1. Une conséquence inhérente de l'inexécution de l'obligation de mise à disposition : l'exécution forcée	401
A. Le principe : l'obligation de mise à disposition, domaine de prédilection de l'exécution forcée directe	402
1. L'exécution forcée de la remise, le principe d'une action débattue... 402	
2. L'admission limitée de l'exécution forcée directe de l'obligation de mise à disposition.....	404
B. L'exception : l'hypothèse d'obligations de mise à disposition insusceptibles d'exécution forcée directe	407
1. L'impossibilité d'une exécution forcée fondée sur des considérations extérieures à la nature de l'obligation	408
2. L'impossibilité d'une exécution forcée fondée sur la nature même de l'obligation	413
§ 2. Des conséquences communes à l'ensemble des obligations	415
A. L'exception d'inexécution et l'obligation de mise à disposition	416
1. Un remède certain face à l'inexécution de la mise à disposition limitée à la remise	417
2. Un remède incertain à l'inexécution de la mise à disposition prolongée	421
B. La rupture du contrat et l'obligation de mise à disposition.....	425
1. Les zones d'ombres du droit de la résolution judiciaire	426
2. La variation des effets de la résolution à la lumière de l'obligation résolue	431

TITRE 2 La remise détachée du contrat : l'opportunité d'une construction.... 439

CHAPITRE 1 La recherche d'un régime juridique : la spécificité du modèle..... 441

Section I L'exclusion du régime contractuel.....	443
§ 1. L'impossible caractérisation d'une volonté de contracter	443
§ 2. L'impossible caractérisation d'un contrat sans volonté : le rejet de l'hypothèse du contrat factice.....	447
Section II L'inévitable application d'un régime extracontractuel.....	451
§ 1. Le rejet de l'analyse quasi-contractuelle	451
A. L'adéquation apparente entre quasi-contrat et remise détachée du contrat	452
B. L'inadéquation avérée entre quasi-contrat et remise détachée du contrat	455
§ 2. L'application des règles de la responsabilité délictuelle	459

CHAPITRE 2 Le rayonnement du régime juridique : l'exportation du modèle 465

Section I La remise détachée du contrat à l'épreuve d'un accord de volontés des parties	466
§ 1. L'accord de volontés accompagnant la remise détachée du contrat : l'exemple du don manuel.....	466
A. "Décontractualisation" du don manuel	467
B. Proposition de qualification du don manuel en remise détachée du contrat	470
§ 2. L'accord de volontés source de la remise détachée du contrat	472
A. Remise détachée du contrat et accord de volontés supposé : l'exemple de l'apport dans la société créée de fait.....	473
B. Remise détachée du contrat et accord de volontés avéré : l'exemple de certaines remises de documents	477
Section II La remise détachée du contrat à l'épreuve d'une volonté extérieure .	483
§ 1. La remise détachée du contrat, une qualification imposée par le juge : l'exemple du séquestre judiciaire	483
§ 2. La remise détachée du contrat, une qualification suggérée par la loi : l'exemple du paiement de dettes de jeu.....	487

Conclusion générale..... 495

Positions de thèse 497

Bibliographie.....	503
1. Ouvrages généraux	503
2. Ouvrages spéciaux, monographie, cours, thèses.....	513
3. Articles, notes, observations, commentaires, encyclopédies	522

Index..... 539

Table des matières 546