



HAL
open science

Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives

Yvan Marjault

► **To cite this version:**

Yvan Marjault. Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives. Droit. Le Mans Université, 2016. Français. NNT : 2016LEMA2001 . tel-01777945

HAL Id: tel-01777945

<https://theses.hal.science/tel-01777945>

Submitted on 25 Apr 2018

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.

Thèse de Doctorat

Yvan MARJAULT

*Thèse présentée en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université du Maine
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire*

École doctorale : Droit et sciences politiques

Discipline : Droit privé (Section 01)

Unité de recherche : *Laboratoire Thémis-UM, EA 4333*

Soutenue le 16 novembre 2016

Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives

JURY

Rapporteurs :	Philippe DUPICHOT , Professeur, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne Antoine HONTEBEYRIE , Professeur, Université d'Evry-Val-d'Essonne
Examineurs :	Jérôme FRANÇOIS , Professeur, Université Paris Descartes (Président du Jury) Philippe DUPICHOT , Professeur, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne Antoine HONTEBEYRIE , Professeur, Université d'Evry-Val-d'Essonne Valérie LASSERRE , Professeur, Université du Maine Pierre-Grégoire MARLY , Professeur, Université du Maine
Directeur de Thèse :	Richard MARTY , Maître de Conférences habilité à diriger des recherches, Université du Maine
Co-directeur de Thèse :	Fabrice GRÉAU , Professeur, Université Paris-Est – Créteil Val De Marne

Thèse de Doctorat

Yvan MARJAULT

Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives

Résumé

Les obligations disjonctives sont des modalités de l'obligation comportant plusieurs prestations au sein d'une même obligation. Méconnues par les praticiens et peu traitées en jurisprudence, les obligations alternatives et facultatives sont, néanmoins, un formidable outil juridique. Postérieurement à la formation de l'obligation, elles octroient un choix à l'une des parties dans le mode d'exécution de l'obligation du débiteur. Traditionnellement, l'obligation disjonctive était perçue comme un moyen de garantie. Or, la flexibilité contractuelle offerte par le choix amène à proposer d'autres utilisations à l'obligation disjonctive, dans le dessein de satisfaire la volonté des parties. Le titulaire du choix bénéficie, sur le fondement de la liberté contractuelle, d'un droit potestatif qui lui octroie une option parmi plusieurs prestations. Ce choix confère à cette modalité de l'obligation un caractère typique et constitue la particularité de l'obligation disjonctive. Il permet aux parties de disposer d'un rare mécanisme contractuel flexible et efficace.

Mots clés

Obligation - Modalité de l'obligation - Prestation -
Choix - Mode d'exécution - Flexibilité - Droit
potestatif - Efficacité

Abstract

Disjunctive obligations are modes of the obligation comprising several benefits within one and the same obligation. Disregarded by practitioners and rarely dealt with in jurisprudence, alternative and optional obligations are, nevertheless, a formidable legal tool. After the obligation has been formed, they grant a choice to one of the parties in the method of execution of the debtor's obligation. Traditionally, the disjunctive obligation was perceived as a means of guarantee. However, the contractual flexibility offered by the choice led us to propose other uses for the disjunctive obligation, for the purpose of satisfying the parties' wishes. The person entitled to make the choice benefits, on the basis of contractual freedom, from an autonomous right which grants him an option among several benefits. This choice confers a typical character on this mode of obligation and constitutes the special feature of the disjunctive obligation. It allows the parties to have a rare flexible and effective contractual mechanism.

Key Words

Obligation - Mode of obligation - Benefit -
Choice - Method of execution - Flexibility -
Autonomous right - Effectiveness

SOMMAIRE

Première Partie : L'identification du choix offert par les obligations disjonctives

Titre I : L'obligation à pluralité d'objets, une modalité de l'obligation

Chapitre 1 : Les objets de l'obligation, éléments essentiels des obligations disjonctives

Chapitre 2 : Une pluralité de prestations au sein d'une même obligation

Titre II : Le choix, la quintessence de l'obligation disjonctive

Chapitre 1 : Le choix entre plusieurs prestations, un droit potestatif valable

Chapitre 2 : Le choix, le caractère typique de l'obligation disjonctive

Seconde Partie : L'influence du choix sur le régime juridique des obligations disjonctives

Titre I : La finalité de l'exercice du choix

Chapitre 1 : L'obligation disjonctive, une technique juridique aux fonctions multiples

Chapitre 2 : L'exercice indispensable du choix

Titre II : Le paiement de l'obligation conditionné à l'exercice du choix

Chapitre 1 : Les effets liés à l'exercice du choix

Chapitre 2 : Le dénouement de l'obligation disjonctive

INTRODUCTION

« Les constructions civilistes les plus éprouvées sont au cœur de la vie des affaires et fondent les combinaisons contractuelles les plus imaginatives »¹.

1. Méconnues par les parties, les obligations alternative et facultative sont, néanmoins, une modalité de l'obligation en renouveau. Si l'obligation a habituellement un objet déterminé et est généralement conclue entre un débiteur et un créancier, ce que nous appelons une obligation « *pure et simple* », elle peut également comporter certaines modalités. L'expression « *modalités de l'obligation* » désigne certains traits de l'obligation², laquelle peut ainsi être modelée et ajustée en fonction de la volonté des parties contractantes. Sur le fondement de la liberté contractuelle, les modalités de l'obligation permettent aux parties d'aménager librement leur rapport de droit, dans les limites des articles 6, 1102 et 1162 du Code civil relatifs au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Parmi ces modalités de l'obligation, il est, ainsi, loisible aux parties de prévoir une multiplicité d'objets de l'obligation à travers l'obligation alternative et l'obligation facultative.

2. C'est en droit romain que les obligations alternatives et les obligations facultatives trouvent leur origine historique. Ce sont « *les Glossateurs (qui) ont les premiers employé l'expression *alternativa obligatio*, universellement reçue aujourd'hui* »³. Dès cet instant, ils ont pu relever que le caractère alternatif portait non pas sur l'obligation en elle-même mais sur les objets qui la composent. Les textes romains n'étaient également pas ignares de l'obligation facultative, puisqu'ils permettaient qu'une chose puisse être *in facultate solutionis*. C'est à Delvincourt⁴ qu'il revient le mérite de cette appellation « *d'obligation facultative* ». Si les romains n'étaient pas adeptes des dénominations abstraites, ils étaient en revanche pragmatiques quant à l'utilisation des obligations alternative et facultative. Ainsi, le recours à l'obligation facultative était notamment pratiqué dans les testaments : les donateurs imposaient à leurs héritiers des legs en leur conférant la possibilité de se libérer de leur obligation d'une autre manière. L'obligation alternative existait, en droit romain, lorsqu'un débiteur avait promis à son créancier de lui donner une somme d'argent ou un esclave. Elle

¹ Ph. Delebecque, note sous Cass. com., 7 déc. 2004, *D.* 2005.2392.

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1198.

³ V. Giscard, *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888, p. 3.

⁴ M. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t.2, 1813, p. 20.

était connue par Paul sous le nom de « modus ». L'institution de la noxalité, mise en place pendant l'époque classique, permet également de mettre en exergue l'utilisation des obligations alternative et facultative. Le *pater familias* se voyait personnellement imposer, en cas de dommage causé par un *alieni iuris* (i.e. un esclave ou un fils de famille) ou par un animal, de dédommager la victime ou de s'en débarrasser entre les mains de la victime⁵. Cette institution postulait une succession de qualifications. Avant la mise en œuvre des poursuites à l'encontre du *pater familias*, existait une obligation facultative aux termes de laquelle il devait abandonner l'auteur du dommage ou subsidiairement s'acquitter d'une réparation pécuniaire. Puis, l'obligation devient alternative avec l'introduction de l'action et le moment où se noue le procès : le *pater* pouvait indifféremment abandonner l'auteur du dommage ou payer l'amende. Au prononcé de la condamnation, le *pater* redevient à titre principal débiteur d'une somme d'argent et pouvait s'en libérer en abandonnant le coupable⁶. Si le changement de nature de l'obligation du *pater* apparaît curieux au regard du droit positif, il n'en demeure pas moins que les notions d'obligations alternative et facultative proviennent du droit romain. Cette action noxale a été limitée au Bas-Empire aux seuls esclaves puis a été progressivement abandonnée.

3. Sur le fondement du droit romain et probablement inspiré de l'œuvre de Pothier⁷, le Code civil de 1804 a consacré, parmi les modalités de l'obligation, l'obligation alternative aux articles 1189 à 1196. Quant à l'obligation facultative, elle a été écartée par les rédacteurs du Code civil de 1804, bien qu'elle offre « *un intérêt pratique plus important que celui des obligations alternatives* »⁸. Ces derniers la jugeaient trop proche de l'obligation alternative. Néanmoins, la pratique l'a consacrée, durant deux siècles, avant qu'elle ne soit codifiée au sein de l'article 1308 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁹, à l'instar de ce que

⁵ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, p. 774 ; J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 1^{ère} éd. 2006, p. 101 et s.

⁶ R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, *Les obligations*, Domat Montchrestien, 4^{ème} éd. 1948, n°59 et s. ; D. Deroussin, *op. et loc. cit.*

⁷ R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°245 et s.

⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, 1954, n° 1052.

⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

proposaient les projets de réforme du droit des obligations¹⁰.

4. Dans la plupart des pays de tradition civiliste, seule l'obligation alternative est consacrée dans le Code civil propre à chaque État. Tels sont les cas, par exemple, des Codes civils belge¹¹, suisse¹² ou espagnol¹³. Les Principes du droit européen du contrat dits Principes Lando¹⁴ ont également ignoré l'obligation facultative. Notons, au demeurant, que le Code civil québécois prévoit tant l'obligation alternative que l'obligation facultative à ses articles 1545 à 1552. Il est vrai que ce Code a été réformé, le 18 décembre 1991, par l'Assemblée nationale du Québec, comparativement aux autres Codes datant du XIX^{ème} siècle. La réforme du 10 février 2016 relative au droit des contrats, au régime général et à la preuve des obligations ne manque, ainsi, pas de prévoir, parmi les obligations à pluralité d'objets, l'obligation alternative et l'obligation facultative.

5. Les Romains envisageaient déjà, dans les faits, de regrouper les obligations alternative et facultative au sein de la même famille, celle des obligations disjonctives en raison de l'utilisation de l'adjectif « disjonctivus ». « *Les romains eussent voulu donner à notre obligation une dénomination abstraite, ils auraient probablement adopté celle de disjonctiva obligatio, car ils employaient l'adjectif disjonctivus dans des cas présentant avec celui dont nous nous occupons une grande analogie* »¹⁵. Le terme obligation¹⁶ vient du latin « obligare ». La préposition « ob » sert à indiquer une cause et le résultat d'un échange. « Ligare » signifie lier au sens où le débiteur est lié au créancier. C'est bien évidemment à Rome qu'apparaît la première fois le terme « obligation ». La polysémie de cette notion requiert que nous définissions précisément le sens que nous allons lui conférer, dans le cadre

¹⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala : cet avant-projet a été remis à la Chancellerie fin 2005 ; Projets de réforme du droit des contrats, publiés en juillet 2008 et février 2009.

¹¹ C. civ., belge, art. 1189 à 1196.

¹² C. civ., suisse, art. 72.

¹³ C. civ., espagnol, art. 1,131 à 1,136.

¹⁴ Principes Lando, notamment art. 2 : 101 ou art. 6. 101.

¹⁵ V. Giscard, *op. et loc. cit.*

¹⁶ Pour des développements au sujet de la notion d'obligation, V. notamment : E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, p. 9 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°1 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Termeyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°2 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd. 2012, n°1 ; Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°11 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°3 et s. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cours magistral, Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°2 et s.

de nos travaux. Dans le langage courant, obliger signifie « contraindre ou forcer à »¹⁷. En droit financier, l'obligation est un titre d'emprunt représentant une créance vis-à-vis de l'entité émettrice. Au sens juridique, la notion d'obligation n'a pas été définie par le Code civil, en dépit de son caractère essentiel. Depuis le droit romain, cette notion a subi l'influence de facteurs sociaux, économiques et surtout moraux, si bien qu'il a fallu en préciser son domaine. Convenait-il de retenir une définition étroite ou large de cette notion ? L'enjeu résidait dans l'admission ou non des obligations naturelles¹⁸, les obligations purement morales n'étant « *comptable(s) qu'envers Dieu* »¹⁹. La conception étroite de cette notion a prévalu en doctrine. Conçues originellement par le droit romain pour expliquer les engagements contractés par les esclaves, les obligations naturelles ne sont pas reçues dans l'acception de la notion d'obligation. Afin d'être appréhendée au sens juridique, l'obligation requiert une dette envers un créancier et un pouvoir de contrainte en cas d'inexécution. Les obligations naturelles sont dépourvues de ce second caractère, dans la mesure où elles prennent leur source dans un devoir de conscience, comme la reconnaissance d'un service rendu. L'analyse de l'obligation implique de distinguer le *debitum* (représentant la satisfaction due) et l'*obligatio* (le pouvoir de contrainte du créancier envers le débiteur)²⁰. La jonction de ces deux éléments permet de retenir une conception étroite de la notion d'obligation. Celle-ci constitue alors un lien de droit par lequel le débiteur s'est engagé à exécuter une prestation envers le créancier, lequel disposera de sanctions en cas d'inexécution. C'est cette conception étroite que nous retenons, dans le cadre de nos travaux.

¹⁷ Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

¹⁸ Pour plus de développements au sujet des obligations naturelles, V. notamment : J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°7 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd. par E. Bartin, p. 7 et s. ; M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse Tunis, Sirey, 1957 ; M. Rotondi, « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution », *RTD civ.* 1979. 1 ; R. Bout, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Obligation naturelle*, 2016 ; J. Flour, *La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil*, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, 1956, p. 813 et s. ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2014, n°9 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. 2, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 1959, n°1395 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd. 1972, n°271 et s. ; Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1877, p. 9, p. 4 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n°2218 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°978 et s.

¹⁹ R. Pothier, *op. cit.*, p. 79.

²⁰ Pour plus de développements au sujet de l'analyse dualiste de l'obligation, V. notamment : F.-K. Comparato, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, 1963 ; G. Cornil, « Debitum et obligatio, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Mélanges P. F. Girard*, t. 1, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199 et s. ; S. Prigent, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008.401.

6. De fait, associer à cette notion d'obligation les adjectifs « alternatif », « facultatif » ou « disjonctif » apparaît *prima facie* spécieux, dans la mesure où, dans le langage courant, ces adjectifs ne postulent pas un caractère obligatoire. Étymologiquement, l'adjectif « disjonctif » « se dit d'une particule qui indique une séparation entre les termes qu'elle relie (par exemple, ou, soit, ni) »²¹. « Alternatif » suggère un choix entre deux solutions, alors que l'adjectif « facultatif » signifie qu'il existe une liberté de faire ou de ne pas faire²². La jonction de l'obligation à ces caractères laisse envisager une part de liberté à l'intérieur même de l'obligation. Or, le principe de la force obligatoire du contrat conduit à une intangibilité de son contenu, dès la rencontre des volontés. L'obligation est née et engage le débiteur. Il existe, ainsi, un paradoxe. Comment la modalité disjonctive peut-elle introduire de la souplesse dans le lien d'obligation caractérisé habituellement par la contrainte ? La stipulation *ab initio* d'un choix entre les objets de l'obligation permet de vaincre la rigidité du principe de la parole donnée et de conférer aux parties une flexibilité contractuelle. Le caractère alternatif ou facultatif stipulé à l'obligation permet alors d'agir au sein même de l'obligation (de la dette) et de conférer aux parties une certaine liberté au moment de l'exécution de l'obligation. La typologie des obligations disjonctives confère donc une option à l'une des parties pour permettre au débiteur de se libérer de son obligation, à savoir exécuter l'une quelconque de ses prestations, objets de l'obligation. L'obligation alternative désigne alors l'obligation par laquelle le débiteur est tenu à plusieurs prestations mais une seule d'elles peut être exigée par le créancier. Ainsi, Primus s'engage à rembourser son contrat de prêt soit en numéraire soit en transférant la propriété d'un immeuble. Au titre de l'obligation facultative, le débiteur n'est tenu d'exécuter qu'une seule prestation mais dispose de la faculté de se libérer de son obligation en exécutant une autre prestation déterminée. Au contraire de l'obligation alternative, seule la prestation principale de l'obligation facultative peut être réclamée par le créancier. Primus s'engage à rembourser en numéraire le prêt d'argent consenti par un établissement de crédit ou subsidiairement à transférer son immeuble.

7. L'obligation disjonctive fait partie de la famille des « obligations à objets complexes », au même titre que l'obligation cumulative²³. Dépourvue de choix, l'analyse de celle-ci ne suscite que peu d'intérêt, dans la mesure où il s'agit d'une seule obligation contraignant le débiteur à accomplir cumulativement plusieurs prestations au profit du

²¹ Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

²² Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

²³ V. infra n°101 et s.

créancier. Le caractère complexe attaché à cette notion ne correspond guère à sa qualification, dans la mesure où nous constaterons qu'une seule stipulation des parties suffit pour appliquer l'obligation à objets complexes. Cette complexité signifie, en réalité, une pluralité d'objets au sein d'une même obligation. L'appellation de cette dernière modalité de l'obligation n'est pas tout à fait uniforme dans la doctrine. Une partie de celle-ci utilise la notion d'obligation à objets complexes et une autre partie de la doctrine celle d'obligation à pluralité d'objets. Cela étant, nous utiliserons indistinctement l'une ou l'autre de ces terminologies. Nous étudierons principalement l'une des composantes de la catégorie des obligations à pluralité d'objets : l'obligation disjonctive. En outre, il convient de bien différencier les obligations à objets complexes, de celles parfois employées par la doctrine pour évoquer des obligations créées par la jurisprudence, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, à des fins diverses, telles que l'obligation de sécurité, l'obligation de renseignement ou le devoir de conseil. Ces obligations se distinguent des obligations disjonctives, dans la mesure où leur complexité ne résulte pas de l'existence de plusieurs objets de l'obligation mais de la nature de l'obligation considérée.

8. La pluralité de prestations (i.e. au moins deux prestations) constitue une condition d'existence de l'obligation disjonctive. Dès lors, il conviendra de nous demander quel type de prestation peut faire l'objet d'une obligation disjonctive et les caractères que celle-ci doit revêtir afin que l'obligation puisse être qualifiée d'obligation disjonctive²⁴.

9. Il est loisible, à ce stade, de constater que le choix entre plusieurs prestations se trouve au cœur de l'obligation disjonctive. La notion de choix a fait son entrée au sein du Code civil aux articles 1307 à 1307-5 nés de l'ordonnance du 10 février 2016²⁵. Le droit d'option précédemment utilisé au sujet de l'obligation alternative a été substitué par la notion de choix, en vertu de cette ordonnance. Quant à l'obligation facultative, les dispositions du Code civil ne font pas référence à la notion de choix. A ce sujet, il a souvent été évoqué l'octroi d'une faculté au débiteur, laquelle dénomination se révèle impropre²⁶. Nous expliquerons pourquoi l'utilisation de la notion de droit facultatif se révèle plus appropriée. Prise dans son acception générale, la notion de choix se révèle, dans une première approche, large. Nous limiterons son

²⁴ V. infra n°19 et s.

²⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

²⁶ V. infra n°169 et s.

analyse aux obligations disjonctives dans lesquelles le choix se révèle bien singulier et nous exposerons sa nature juridique. Parmi ses caractéristiques principales, le choix appartient systématiquement à l'une des parties si bien que nous pouvons nous demander comment le droit positif appréhende son exercice par une seule partie. Il convient de nous interroger, en l'absence de disposition du Code civil, sur l'encadrement de la potestativité inhérente aux obligations disjonctives²⁷. A cet égard, le choix constitue-t-il un acte unilatéral ou l'une des manifestations de l'unilatéralisme en droit des obligations ? L'acte unilatéral signifie qu'il émane du seul titulaire du choix, alors que l'unilatéralisme est l'expression par le titulaire du choix de l'accord des parties. Cet accord déterminera les objets de l'obligation ou les prestations sur lesquels s'exercera le choix. Fondement de l'obligation disjonctive, les prestations comprises dans l'obligation devront être étudiées en contemplation des notions de fongibilité²⁸ et de liberté. Nous nous apercevrons que le choix ne constitue pas un droit discrétionnaire²⁹. Fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté, l'exercice du choix afférent à l'obligation disjonctive ne pourra faire fi de la théorie du solidarisme contractuel³⁰. L'analyse du choix sera donc particulièrement intéressante dans le dessein de circonscrire la notion et le régime juridique de l'obligation disjonctive. En outre, il convient de rapprocher l'obligation disjonctive d'autres notions ou modalités du droit des obligations (condition, terme, solidarité, etc.) afin de pouvoir appréhender son autonomie³¹. A ce titre, en raison d'une apparente similitude, ne pourrions-nous pas assimiler l'obligation alternative ou l'obligation facultative à la dation en paiement davantage connue et reconnue³² ? L'obligation facultative s'est développée en marge des textes par extrapolation de l'obligation alternative. Nous pouvons alors nous interroger sur les raisons pour lesquelles la pratique puis le Gouvernement ont réintroduit la notion d'obligation facultative en droit positif, en dépit d'une volonté originelle des rédacteurs du Code civil de l'évincer.

10. Les obligations disjonctives ont un large domaine d'application. Comme le souligne le Doyen Veaux³³, les obligations alternatives se rencontrent dans toutes les opérations, quelle qu'en soit la source (contractuelle, légale ou jurisprudentielle) et quel qu'en soit l'objet. Les obligations disjonctives peuvent ainsi être prévues conventionnellement par les parties, et ce

²⁷ V. infra n°194 et s.

²⁸ V. infra n°120 et s.

²⁹ V. infra n°194 et s.

³⁰ V. infra n°392 et s.

³¹ V. infra n°222 et s.

³² V. infra n°234 et s.

³³ D. Veaux, J.Cl. civ., art. 1189 à 1196, anc. fasc., 1992.

dans toutes les branches du droit privé. Comme l'indique un auteur³⁴, la grande diversité d'origine des obligations alternatives devrait rendre leur utilisation fréquente. Il sera intéressant d'examiner dans quelle mesure les obligations disjonctives peuvent être utilisées par les parties pour aménager leur rapport contractuel. Plus encore, il conviendra d'analyser comment le droit des affaires s'inspire du droit des obligations pour contractualiser des besoins pratiques. Nous retrouvons, dans des sources éparses, quelques applications de l'utilisation de l'obligation disjonctive en droit civil ou en droit des affaires. Nous pouvons relever notamment l'existence d'une obligation alternative en matière de rescision pour lésion, même si cette qualification est amplement débattue³⁵, dans le cadre d'une vente alternative³⁶, dans la pratique du droit des donations³⁷, dans celle de l'émission d'obligations convertibles en actions³⁸ ou en matière de *warrant* financier³⁹. En jurisprudence⁴⁰, l'obligation du transporteur d'acheminer la marchandise par air ou par route a aussi, par exemple, été qualifiée d'obligation alternative. S'agissant de l'obligation facultative, une société l'a utilisée dans le cadre d'une vente d'une voie ferrée : l'acheteur devait payer le prix d'acquisition mais disposait de la faculté « *de se libérer, vis-à-vis de la venderesse, à due concurrence, par la remise de bons de 100 fr. chacun, faisant partie de 6,000 obligations ou non émis antérieurement par la Société la Lys (...)* »⁴¹. Nous nous appuyons sur ces quelques exemples afin d'explicitier le régime juridique de l'obligation disjonctive.

11. Il est, à cet égard, surprenant, voire incompréhensible, que l'obligation disjonctive ne soit guère utilisée par les praticiens. Les obligations alternative et facultative souffrent d'une profonde méconnaissance : les praticiens ne l'utilisent pas ou peu et la doctrine moderne ne consacre dans ses traités et manuels de droit des obligations que de maigres développements⁴². Le manque d'utilisation de l'obligation disjonctive n'a occasionné que peu

³⁴ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

³⁵ V. infra n°133 et s.

³⁶ C. civ., art. 1584 al. 2.

³⁷ V. infra n°180.

³⁸ V. infra n°294 et s.

³⁹ V. infra n°301 et s.

⁴⁰ Cass. com., 7 déc. 2004, n°03-12.032, *D.*2005.2392, note Ph. Delebecque ; *BTL* 2005.12, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2005.782, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴¹ Douai, 21 mars 1891, *D.* 1891.549.

⁴² Seules quelques pages sont généralement consacrées aux obligations alternative et facultative dans les manuels de droit des obligations les plus répandus. V. notamment : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1239-1240 ; J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd. 2013, n°243 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°1084-1085 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n°144 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2016, n°354 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°434 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet,

de contentieux⁴³ destiné à éclairer le régime juridique de l'obligation alternative prévu par le Code civil de 1804. Observons, à cet égard, que des décisions de justice étonnantes ont parfois été rendues au sujet de la qualification en obligation alternative⁴⁴ : certaines d'entre elles ont notamment assimilé l'obligation alternative soit à l'obligation conditionnelle soit à des modalités de paiement (option de change ou option de place, par exemple). Au sein de la classification des modalités de l'obligation, les obligations alternative et facultative sont actuellement les plus méconnues et les moins répandues. Elles ne savent aujourd'hui pas rivaliser, en termes de notoriété, avec les obligations conditionnelles, les obligations à terme ou les obligations solidaires, stipulées très fréquemment dans les contrats. Elles ne sauraient, cependant, rougir de leurs qualités et de la place que leur accorde le Code civil⁴⁵ au sein d'une section consacrée à l'obligation plurale. Sept articles leur sont réservés, soit six articles pour l'obligation alternative⁴⁶ et un article pour l'obligation facultative⁴⁷. En termes de quantité, ces articles jalonnent le nombre d'articles relatifs à l'obligation conditionnelle⁴⁸. Il est vrai que, sur l'aspect quantitatif, l'obligation alternative a vu le nombre de ses dispositions diminuer avec l'ordonnance du 10 février 2016⁴⁹. Toutefois, cette réforme a permis, d'une part, de clarifier et de renforcer les dispositions relatives à l'obligation alternative et, d'autre part, de consacrer l'obligation facultative. Les changements opérés par cette ordonnance permettent de rendre encore plus lisibles et accessibles les obligations alternative et facultative. Nous démontrerons que l'obligation disjonctive est devenue la modalité de l'obligation incontournable, lorsque les parties désirent aménager l'exécution de leur obligation.

12. Perçue originellement par le Code civil et par la doctrine comme un moyen de paiement, l'obligation disjonctive peut, cependant, être utilisée à d'autres fins en raison de la plasticité qu'elle offre à l'obligation. Il est regrettable d'ignorer ces deux modalités de l'obligation, tant elles sont d'une utilité notable. Les obligations disjonctives peuvent jouer un

Cours de droit civil, Obligations, Régime, PUF, 1^{ère} éd. 2013, n°13 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°1331 et s. ; P. Maistre du Chambon, *Le régime des obligations civiles*, Presses universitaires de Grenoble, 1^{ère} éd. 1992, p. 82 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°233 et s.

⁴³ Nous pouvons dénombrer une trentaine de décisions de justice.

⁴⁴ Nous aurons l'occasion d'analyser ces décisions dans le cadre de nos développements.

⁴⁵ Dans sa version née de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁴⁶ C. civ., art. 1307 à 1307-5.

⁴⁷ C. civ., art. 1308.

⁴⁸ Huit articles régissent les obligations conditionnelles aux articles 1304 à 1304-7 du Code civil.

⁴⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

rôle de garantie, puisque le créancier recevra soit, dans le cas de l'obligation alternative, l'un des objets de l'obligation initialement convenu, soit, dans le cas de l'obligation facultative, il ne recevra certes pas la prestation que le débiteur lui a promise mais une autre qu'il a agréée *ab initio*. Nous nous demanderons si le choix issu de l'obligation disjonctive (et l'obligation alternative en particulier) ne produirait pas un effet de garantie en raison notamment du choix entre plusieurs prestations conféré au créancier. Dès lors, une meilleure appréhension de l'obligation disjonctive ne permettrait-elle pas à cette étonnante modalité de l'obligation de retrouver son rôle de garantie⁵⁰ ? De plus, il conviendra d'appréhender comment l'articulation du droit des sûretés et de l'obligation disjonctive peut se réaliser à l'aune des principes essentiels du droit des sûretés, tels que le principe du caractère accessoire d'une sûreté, le principe de non spoliation du constituant ou encore le principe de spécialité des biens et des créances garantis. La stipulation de l'obligation alternative à des fins de garantie a été peu à peu supplantée par un but spéculatif. De nos jours, elle est, en effet, davantage utilisée à cette fin spéculative, notamment lorsque le moment de naissance de l'obligation et le moment de son exécution ne sont pas simultanés. Le choix conféré au bénéficiaire lui permet, d'une part, de réfléchir au sujet de la prestation qu'il va être amené à effectuer et, d'autre part, au moment de son exécution, de choisir la prestation qu'il jugera la plus avantageuse économiquement en se fondant sur les circonstances du moment (comme l'évolution des prix). Si les fonctions de garantie et de spéculation ont pu être identifiées, elles ont été peu explorées par la doctrine et les rédacteurs d'actes. L'obligation disjonctive aspire aussi indéniablement à des utilisations nouvelles au regard de la finalité voulue par les parties, et notamment en droit des affaires. Il convient de rappeler que le droit des obligations est la base de toute relation économique et contribue au crédit et à la réalisation des opérations juridiques. Par exemple, l'utilisation de l'obligation disjonctive en droit des sociétés peut se révéler particulièrement opportune pour les praticiens en quête de flexibilité contractuelle aux fins d'aménagement de la documentation juridique d'une opération d'acquisition à effet de levier (LBO)⁵¹ et d'efficacité de leur opération. Aussi, elle peut se révéler un moyen de lutte efficace contre le changement de circonstances économiques et un moyen de rempart contre l'intervention du juge dans le contrat⁵². Nous constaterons que l'obligation disjonctive, à travers l'omniprésence du choix, constitue un véhicule juridique permettant d'aboutir à de multiples finalités. A la recherche permanente de liberté contractuelle, la stipulation d'une

⁵⁰ V. infra n°265 et s.

⁵¹ V. infra n°115, 272, 282, 296 et 387.

⁵² V. infra n°303 et s.

obligation disjonctive permet-elle aux parties de bénéficier d'un outil contractuel flexible, efficace et efficient ? Il sera nécessaire d'articuler cette modalité de l'obligation avec les différents régimes spéciaux dans lesquelles elle aurait vocation à s'appliquer, dont le droit des sûretés et le droit des sociétés. Cette modalité de l'obligation contribuera à offrir aux parties une souplesse notoire relativement aux sûretés, dont le régime se révèle assez strict et au droit des sociétés, désireux de répondre constamment à des besoins pratiques. L'obligation disjonctive et plus généralement le contrat nécessiteront que nous appréhendions leur sort face au droit des entreprises en difficultés. Le créancier dont le débiteur fait l'objet d'une procédure collective pourra-t-il être satisfait par l'exécution de l'obligation⁵³ ?

13. L'obligation disjonctive doit connaître, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme notamment du régime général des obligations⁵⁴, un réel essor et ce d'autant que ses conditions de forme sont très souples⁵⁵. Afin qu'elle puisse être prévue par les rédacteurs d'actes, ces derniers doivent avant tout s'assurer qu'elle dispose d'un régime juridique adapté et efficient.

14. A cet égard, cette ordonnance a clarifié et renforcé le régime juridique de l'obligation alternative⁵⁶ en le recentrant sur le choix mais elle s'est révélée discrète au sujet du régime juridique dévolu à l'obligation facultative. Concernant l'obligation alternative, l'ordonnance a notamment régi la situation où le titulaire du choix ne veut pas l'exercer⁵⁷ ainsi que les effets de l'exercice du choix⁵⁸. À l'aune des dispositions du Code civil de 1804, certains auteurs⁵⁹ avaient considéré que les dispositions du droit commun des obligations suffisaient pour traiter le régime juridique des obligations alternatives. Il nous appartiendra d'apprécier la teneur de cette doctrine mais aussi d'examiner le régime juridique de l'obligation facultative. Nous nous demanderons si celui-ci est calqué sur le régime de l'obligation alternative - de sorte que nous pouvons envisager un régime unique de l'obligation disjonctive - ou s'il bénéficie d'un régime autonome forgé par la pratique et la jurisprudence. En tout état de cause, nous

⁵³ V. infra n°436 et s.

⁵⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁵⁵ V. infra n°342 et s.

⁵⁶ A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets : consécration et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

⁵⁷ V. infra n°308 et s.

⁵⁸ V. infra n°355 et s.

⁵⁹ V. par exemple, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1239 ; A. Collin et H. Capitant, *op. cit.*, n°940.

mettrons en exergue que les dispositions du Code civil comportent (encore) quelques imperfections de nature à obscurcir le dénouement satisfaisant et le rayonnement de l'obligation disjonctive. Il n'en demeure pas moins que nous démontrerons l'autonomie, la flexibilité et l'utilité indéniables du concept d'obligation disjonctive dans le dessein de faire découvrir ou redécouvrir à la pratique ce formidable véhicule juridique.

La clé de voûte de l'obligation disjonctive réside dans le choix qu'elle octroie à l'une des parties dans l'exécution de l'obligation⁶⁰. Ainsi, nous identifierons le choix inhérent à l'obligation disjonctive (Première Partie) avant de constater que ce dernier influence indubitablement le régime juridique de cette obligation (Seconde Partie).

⁶⁰ M.-J. Gebler, *op. et loc. cit.*

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DU CHOIX OFFERT PAR LES OBLIGATIONS DISJONCTIVES

15. Méconnue et encore peu usitée en droit des affaires, l'obligation disjonctive constitue une notion dotée d'un fort rayonnement tant théorique que pratique. Le manque de développements en doctrine et en droit positif au sujet de cette notion est une maladresse, dans la mesure où elle offre de multiples finalités. Primus s'engage à vendre sa voiture de luxe ou sa maison en contrepartie d'un prix. Pareillement, Primus s'engage à vendre sa maison mais peut se libérer de cette obligation en vendant sa voiture de luxe. Ces hypothèses illustrent ce que peuvent constituer les obligations disjonctives mais mettent également en exergue que celles-ci peuvent comporter des variantes concernant la nature de l'engagement du débiteur.

16. L'engagement du débiteur ou l'objet de l'obligation se situe au cœur de l'obligation disjonctive et plus généralement des obligations à multiplicité d'objets. Substitué par la notion de contenu de contrat parmi les conditions de validité du contrat, nous analyserons comment l'objet est appréhendé par le Code civil, à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016⁶¹. L'obligation est alors aménagée par une modalité de l'obligation constituée, dans le cadre de nos travaux, d'une pluralité d'objets (Titre I). La singularité de l'obligation disjonctive réside dans le choix qu'elle confère à l'une des parties entre plusieurs prestations. La notion de choix doit alors être circonscrite et explicitée, tant le choix structure la technique même de l'obligation disjonctive. Une obligation disjonctive implique la présence d'un choix entre plusieurs prestations à exécuter par le débiteur. Ce choix est la quintessence même de l'obligation disjonctive (Titre II).

⁶¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

Titre I : L'OBLIGATION A PLURALITÉ D'OBJETS, UNE MODALITÉ DE L'OBLIGATION

17. Les obligations peuvent paraître, au premier plan, abstraites et nombreuses en raison de l'imagination des parties. C'est pourquoi la doctrine, le législateur et la jurisprudence se sont employés à classer les obligations en fonction de leurs traits communs. De cette *summa divisio* en sont ressorties diverses classifications, elles-mêmes divisées en sous-catégories. Une première classification peut se faire en fonction de l'objet de l'obligation, de la source ou de ses effets⁶². Une autre méthode consiste à classer les obligations selon leurs sources, leurs objets et leurs sujets⁶³ ou encore en fonction de leurs objets, de leurs sources ou de leurs forces (obligation juridique ou obligation naturelle)⁶⁴.

18. Dans le cadre de ces travaux, la classification selon les modalités de l'obligation retiendra particulièrement notre attention. Différentes modalités peuvent, ainsi, être adjointes à l'obligation dans le dessein d'agir alternativement ou cumulativement sur l'existence, l'exigibilité, l'objet et la pluralité de sujets. Les parties peuvent agir sur l'existence même de l'obligation en conditionnant sa formation à la réalisation ou à l'absence de réalisation d'un événement futur et incertain : il s'agit alors de la condition⁶⁵. De même, l'exigibilité de l'obligation peut être aménagée par l'adjonction d'un terme⁶⁶, lequel est un événement futur et certain dont la survenance fixe l'instant où le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation. L'obligation peut également comporter plusieurs sujets de droit, à savoir plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers⁶⁷. Les obligations peuvent, enfin, avoir plusieurs objets : ce sont les obligations à objets complexes. Au sein de ces obligations, lorsqu'une obligation disjonctive est stipulée dans l'engagement des parties, une partie bénéficie d'une option par rapport à l'exécution de l'un des objets de l'obligation.

Nous mettrons, ainsi, en exergue que les objets de l'obligation constituent des éléments essentiels de l'obligation disjonctive (Chapitre I), avant d'analyser sa pluralité, s'agissant des obligations à objets complexes, et plus précisément concernant les obligations disjonctives (Chapitre II).

⁶² C. Renault-Brahinsky, *Droit des obligations*, Gualino éditeur, 10^{ème} éd. 2013, p. 27.

⁶³ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2005, n°24, p. 37.

⁶⁴ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°11.

⁶⁵ C. civ., art. 1304 et s. V. infra n°137 et s. ; n°199 et s. pour une comparaison avec l'obligation disjonctive.

⁶⁶ C. civ., art. 1305 et s. V. infra n°353.

⁶⁷ C. civ., art. 1309 et s. V. infra n°141 et s.

Chapitre 1 : Les objets de l'obligation, éléments essentiels des obligations disjonctives

19. « Si le Code civil français accorde une valeur prépondérante au consentement dans les conditions de formation du contrat, son existence ne saurait suffire à rendre l'acte parfait. Le droit des obligations ne prend en effet pas en compte une volonté éthérée, mais une volonté assise sur un objet, et motivée par une cause »⁶⁸. En d'autres termes, le consentement des parties n'est pas suffisant pour former un contrat. Il convient, dès lors, de savoir sur quoi les parties consentent et pourquoi elles ont consenti. C'est la raison pour laquelle, aux côtés du consentement et de la capacité, l'article 1128 du Code civil vise un contenu licite et certain en tant que condition de validité d'un contrat. A côté de la protection des contractants et à raison de la liberté contractuelle offerte aux parties, le Code civil impose, en effet, de contrôler, ce que nous appelons aujourd'hui le « contenu » du contrat. Cette notion issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁶⁹ émane du droit européen, tel que le Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens dit le Code Gandolfi⁷⁰, ou le Cadre commun de référence⁷¹. Les Principes du droit européen du contrat dits Principes Lando⁷² ne font aucunement référence à la notion d'objet. La notion de contenu du contrat, telle que désormais connue par le droit français, absorbe, en effet, la notion d'objet⁷³ et, dans une certaine mesure, celle de cause⁷⁴, lesquelles étaient issues du Code civil de 1804. Néanmoins, ces deux notions ont vocation indirectement à être conservées dans l'interprétation qui sera donnée des notions de contenu et de but du contrat. La notion d'objet apparaît, ainsi, être appréhendée comme l'une des composantes du contenu du contrat, comme l'indique le

⁶⁸ S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2014, n°176.

⁶⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷⁰ Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens, Titre II relatif au « Contenu du contrat », art. 25 à 33, spéc. art. 32 et 33.

⁷¹ *Draft Common Frame Of Reference*, Chapitre 9 du livre II, notamment art. 10.

⁷² Principes Lando, notamment art. 2 : 101 ou art. 6. 101.

⁷³ V. Forti, « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *LPA* 31 oct. 2014, n°218, p. 6.

⁷⁴ La cause, à savoir la ou les raisons pour lesquelles les parties contractent ou ont contracté, ne sera pas envisagée dans cette étude, au contraire de l'objet. Pour des développements sur la notion de cause, V. notamment : R. Marty, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris II, 1995 ; H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1927 ; L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, thèse Paris, 1928, n°108 et s. ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949, n°31 et s. ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, thèse Paris I, LGDJ, 1999 ; Au sujet de la réforme du droit des contrats, V. notamment à ce sujet : M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 1^{er} sept. 2015, n°3, p. 639 et s. ; J. Mestre et B. Cavalié, « L'offre et la cause au coeur du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC* mars 2009, suppl., n°58, p. 19 ; Ch. Larroumet, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008.2441 ; O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français ? », *D.* 2008.2607 ; X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007.740.

rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016. Dès lors, il sera plus évocateur d'analyser ces précédentes notions et notamment celle d'objet au regard de notre sujet que d'appréhender la notion de contenu du contrat.

Utilisée de manière confuse par les anciennes dispositions du Code civil, la notion d'objet, cœur des obligations disjonctives et intégrée dans la notion plus large de contenu du contrat, se révèle être une notion polysémique (Section 1) assujettie à diverses conditions de validité issues du droit commun (Section 2).

Section 1 : La notion polysémique de l'objet de l'obligation

Le Code civil de 1804 traitait de manière confuse l'objet en évoquant indistinctement l'objet de l'obligation et l'objet du contrat et n'opérait pas de distinction de degré entre les différentes significations de l'objet (Sous-Section 1). L'ordonnance en date du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁷⁵ a substitué, non sans controverses, la notion d'objet à celle de contenu du contrat (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Une confusion originaire du Code civil au sujet de la signification de l'objet

20. Le terme « objet » est utilisé aussi bien dans le langage courant qu'en droit. Étymologiquement, le terme « *objet* » vient du latin « *objectum* », qui signifie placé devant. De manière liminaire, au sens courant, l'objet désigne « *toute chose concrète, perceptible par la vue, le toucher* »⁷⁶.

21. Le Code civil de 1804 visait tant l'objet du contrat que l'objet de l'obligation : l'ancien article 1108 du même Code énonçait « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* », alors que ses articles 1126 à 1128 traitant « *de l'objet et de la matière des contrats* » envisageaient l'objet des obligations créées par le contrat. Pareillement, les articles

⁷⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷⁶ Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

1129 et 1130 du Code civil de 1804 utilisaient le terme d'objet de l'obligation. L'indifférence du Code civil quant à cette imprécision ne contribuait pas à éclairer cette matière complexe caractérisée par son caractère apparemment rigide et paisible⁷⁷.

Les rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont pas distingué l'objet du contrat et l'objet de l'obligation (§1), ce que n'a pas manqué de faire une grande partie de la doctrine (§ 2).

§ 1 : Une utilisation indifférente de la notion d'objet par les rédacteurs du Code civil

22. Utilisant indistinctement l'objet du contrat et l'objet de l'obligation dans plusieurs dispositions avoisinantes, les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient pas souhaité opérer une quelconque distinction entre ces deux notions. Même si le doute était permis, il était affirmé que le Code civil ne s'intéressait qu'à l'objet de l'obligation, à savoir ce à quoi le débiteur était engagé⁷⁸. La succession de l'objet du contrat et de l'objet de l'obligation au sein du Code civil de 1804 n'était qu'une maladresse d'expression, sans justification particulière, selon Messieurs Flour, Aubert et Savaux⁷⁹. Le contrat étant dépourvu d'objet, il n'a que des effets qui sont la création d'une ou plusieurs obligations.

23. Un auteur⁸⁰ s'interrogeait, quant à lui, sur l'utilité de la notion d'objet du contrat envisagée indépendamment de l'objet de telle obligation engendrée par le contrat. Il relevait que la doctrine utilisait cette distinction afin de soumettre le contrat au contrôle du juge chargé de vérifier la bonne conformité du contrat à l'article 6 du Code civil, à savoir l'ordre public et les bonnes mœurs. Cet auteur affirme que « *le recours à la notion d'objet du contrat est inutile pour la raison que le contrôle du juge, quant à la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs, s'exercera soit à travers l'objet de l'obligation créée par le contrat, soit à travers la notion de cause* ». D'une part, l'illicéité ou l'immoralité du contrat se révélait, selon lui, par l'illicéité ou l'immoralité de l'objet de l'obligation sanctionnée par la nullité du contrat. D'autre part, les mobiles illicites ou immoraux poursuivis par les parties pouvaient être sanctionnés sur le terrain de la cause. C'est pourquoi Monsieur Larroumet

⁷⁷ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2016, n°79.

⁷⁸ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^{ème} éd. 2015, n°150.

⁷⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Armand Collin, 16^{ème} éd. 2014, n°234.

⁸⁰ Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°381 et s.

affirmait que « *l'objet du contrat peut apparaître comme une complication inutile* »⁸¹. La distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation ne serait que purement théorique. Cette partie de la doctrine analysait l'objet du contrat dans la création de l'obligation et l'objet de l'obligation dans la prestation due. C'est donc par maladresse que la notion d'objet du contrat a été évoquée. En simplifiant ce raisonnement, il serait permis de réduire l'objet au contenu du contrat, ce que n'a pas manqué de faire notamment la réforme du 10 février 2016 relative au droit des contrats, au régime général et à la preuve des obligations⁸². Le débiteur serait astreint, selon les cas, à transférer un droit réel, à accomplir un fait positif ou à s'abstenir.

La majeure partie de la doctrine n'a pas adhéré à l'utilisation indifférente des notions d'objet opérée par le Code civil de 1804. Elle soutient *a minima* une nécessaire distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation.

§ 2 : L'émergence de plusieurs distinctions de l'objet par la doctrine

24. Une majeure partie de la doctrine a mis en exergue l'imprécision⁸³, l'obscurité⁸⁴ et la confusion⁸⁵ des rédacteurs du Code civil quant à l'utilisation indifférente de la notion d'objet du contrat ou d'objet de l'obligation dans les articles 1108, 1126 à 1130 issus du Code civil de 1804⁸⁶.

25. Comme l'énonce le Doyen Carbonnier, « *rigoureusement, le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître, et chacune de ces obligations, à son tour, a un objet. Le Code*

⁸¹ Ch. Larroumet, *op. et loc. cit.*

⁸² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁸³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°265 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n°571.

⁸⁴ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collab. de G. Lagarde, 2^{ème} éd., n°163.

⁸⁵ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°231 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. 2, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 1959, n°687.

⁸⁶ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°833 : « *certain auteurs estiment que l'expression objet du contrat recouvre deux notions distinctes : l'objet de l'obligation, qui est la prestation elle-même et l'objet de la prestation, qui est la chose sur laquelle porte la prestation. D'autres auteurs, au contraire, font une distinction entre l'objet du contrat, qui est l'obligation juridique recherchée (vente, louage de service, etc.) et l'objet de l'obligation, qui est la prestation promise ; donner, faire ou ne pas faire quelque chose à laquelle ils assimilent cette chose elle-même* ».

civil rapporte au contrat lui-même ce qui est, au fond, l'objet de l'obligation »⁸⁷. A proprement parler, le contrat n'a pas d'objet. En réalité, un auteur suggère plus précisément d'indiquer « *objet de l'obligation née du contrat* »⁸⁸.

26. Il existe plusieurs acceptions possibles de la notion d'objet du contrat. La doctrine majoritaire⁸⁹ a retenu que l'objet du contrat serait l'opération juridique convenue et poursuivie par les parties et l'objet des obligations serait la prestation promise. La notion d'objet est alors prise dans sa notion téléologique, à savoir dans sa finalité. Par exemple, lors de la vente d'un véhicule, l'objet du contrat, soit la finalité, serait la vente. Au regard du principe du consensualisme, à travers les dispositions antérieures à la réforme du 10 février 2016 relative notamment au droit des contrats⁹⁰, les parties pouvaient donc concevoir un nombre illimité d'opérations juridiques, dès lors qu'elles respectaient l'ordre public et les bonnes mœurs énoncés à l'article 6 du Code civil. Cette réforme a supprimé relativement aux contrats l'exigence du respect par l'engagement des parties des bonnes mœurs. L'article 1102 du Code civil reprend seulement l'interdiction de déroger à l'ordre public. Comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, la notion de bonnes mœurs « *apparaît désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a de cesse de développer son contenu* ». Même si l'article 6 du Code civil demeure, les magistrats ne devraient pas y recourir. A l'instar de ce qu'ils ont effectué ces dernières années, ils pourraient seulement se fonder sur la notion d'ordre public afin de contrôler la liberté contractuelle.

27. Quant à l'objet de l'obligation, utilisé également de manière confuse par les anciennes dispositions du Code civil, il est constitué par la prestation promise⁹¹. Il vise ce à quoi se sont engagées les parties en concluant leur contrat, c'est-à-dire les obligations assumées par elles⁹². La notion peut être définie comme ce à quoi est tenu le débiteur et qui forme la matière de l'engagement. Au sens des anciens articles 1101 et 1126 du Code civil, l'objet de l'obligation peut être de donner, de faire ou de ne pas faire. Par exemple, lors de la vente d'un véhicule, la

⁸⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°54.

⁸⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, p. 89.

⁸⁹ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd. 1988, n°171 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd. 2012, p. 375.

⁹⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁹¹ H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°232.

⁹² M. Fabre-Magnan, *op. et loc. cit.*

prestation du concessionnaire automobile consisterait à transférer la propriété.

28. Partant de cette confusion du Code civil, une partie de la doctrine est allée plus loin dans l'analyse en distinguant entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation⁹³. L'objet de la prestation serait la chose⁹⁴ sur laquelle s'effectue la prestation. « *Une obligation peut avoir pour objet toute espèce de prestation* », énonçaient Colin et Capitant⁹⁵ : effectuer une réparation sur un véhicule, livrer un pli, payer un prix, etc. Cette chose peut être une chose matérielle, corporelle mais il peut aussi s'agir d'un bien incorporel ou d'un service. Par-delà cette diversité, il est loisible, à l'instar de ce que prévoyait le Code civil de 1804, de classer les obligations selon leur objet. Reprenant l'exemple de la vente d'un véhicule, l'objet de la prestation est le véhicule vendu, alors que l'objet de l'obligation du vendeur est de transférer à l'acquéreur la propriété de cette chose. La confusion originaire des rédacteurs du Code civil concernant la notion d'objet n'est pas sans conséquence sur la notion même d'obligation disjonctive composée de plusieurs objets.

Il est patent que la notion d'objet doit être employée différemment, lorsqu'elle s'intéresse à l'obligation, à la prestation, au contenu ou au but du contrat. Dans le cadre de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016⁹⁶, l'ordonnance a substitué la notion d'objet par celle de contenu du contrat, non sans engendrer de contestations de la part de la doctrine.

Sous-Section 2 : Une substitution contestée de la notion d'objet par celle de contenu du contrat

La notion de contenu du contrat, telle que consacrée par la réforme du 10 février 2016, se révèle au premier abord imprécise (§1), bien qu'il semble qu'implicitement la notion d'objet subsiste (§2).

⁹³ G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n°171 ; A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, n°688.

⁹⁴ Même si l'utilisation de ce terme est impropre, V. infra n°60.

⁹⁵ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, n°690.

⁹⁶ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

§ 1 : L'imprécision de la notion de contenu du contrat

29. « *En simplifiant, il est permis de réduire l'objet au contenu du contrat* », énoncent Messieurs Starck, Boyer et Roland⁹⁷. Des auteurs⁹⁸ avaient également intégré l'objet dans leur manuel de droit des obligations au sein de la partie relative au contenu du contrat. Ils ne pensaient sans doute pas que cette notion serait consacrée au sein du Code civil. Les projets de réforme du droit des contrats et de la Chancellerie publiés en juillet 2008 et octobre 2009 proposaient de remplacer la notion d'objet par celle de contenu du contrat parmi les conditions de validité d'un contrat. Ainsi, il était proposé de remplacer l'ancienne formulation de l'article 1108 du Code civil « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* » par « *un contenu certain* ». Le document de travail publié par la Chancellerie le 23 octobre 2013 évoquait également le terme de « contenu » en son article 35 relatif aux conditions de validité du contrat. En revanche, le premier avant-projet de droit prospectif visant à réformer le droit des obligations, l'avant-projet Catala⁹⁹, ne proposait pas de procéder à la substitution du terme « objet » par celui de « contenu ». Messieurs Huet et Cabrillac ayant notamment participé à ces travaux ont considéré que la notion de contenu du contrat « *ne paraît pas présenter une précision suffisante pour garantir la sécurité des relations contractuelles* ». Sous l'impulsion du droit européen¹⁰⁰ et de projets de réforme du droit des contrats¹⁰¹, la notion de contenu du contrat a, toutefois, été substituée à celle d'objet du contrat par la réforme du 10 février 2016¹⁰². Au sens des articles 1162 à 1171 du Code civil, la notion de contenu du contrat a vocation à traiter notamment de l'objet de l'obligation.

30. Même s'il est vrai que les auteurs n'ont pas été très diserts à ce sujet, il ressort des quelques écrits qu'une partie de la doctrine s'est opposée à ce changement, et ce pour deux raisons, au demeurant complémentaires. D'une part, comme le souligne en substance un auteur¹⁰³, l'utilisation du terme « contenu » est inappropriée en tant que condition de validité

⁹⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°572.

⁹⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.*, n°245 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°140 et s. ; M. Poumarède, *Droit des obligations, Cours et travaux dirigés*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2014, n°331 et s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°4 et s. ; B. Fages, *op. cit.*, n°149 et s.

⁹⁹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala : cet avant-projet a été remis à la Chancellerie fin 2005.

¹⁰⁰ V. supra n°19.

¹⁰¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala, *op et loc.cit.* ; Projets de réforme du droit des contrats, publiés en juillet 2008 et février 2009.

¹⁰² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁰³ Ph. Malinvaud, « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008.2551.

d'un contrat : « *on peut tout mettre sous cet intitulé qui n'a aucune portée juridique* ». Si les Principes européens du droit des contrats utilisent cette appellation, il n'en demeure pas moins qu'ils ne l'érigent pas en tant que condition de validité du contrat. Cet auteur ajoute que « *cela n'a pas de sens de dire qu'un contrat doit avoir un contenu certain à peine de nullité ou alors il faudrait également dire qu'un contrat doit avoir deux ou plusieurs parties à peine de nullité* ». C'est bien plus qu'une condition de validité mais une condition d'existence, ajoute-t-il. Cette critique viserait à corroborer les craintes des rédacteurs de l'avant-projet Catala concernant la sécurité juridique des transactions. D'autre part, dans les dispositions subséquentes de ces projets¹⁰⁴, les anciennes dispositions du Code civil relatives à la notion d'objet de l'obligation sont reprises sans dommage¹⁰⁵. L'alignement sur les Principes européens du droit des contrats n'est qu'éphémère, puisque la notion d'objet est reprise tant du point de vue de ses exigences que du contrôle de sa licéité. Il est, en effet, apparu plus adéquat aux rédacteurs de ces projets d'utiliser « *un mécanisme juridique plus précis et plus satisfaisant que le bien vague contenu du contrat* »¹⁰⁶. L'absence de la notion d'objet parmi les conditions de validité d'un contrat est donc relativement formelle, dans la mesure où elle réapparaît explicitement comme un élément du contenu du contrat à l'article 1128 du Code civil, en ce qui concerne son existence et sa détermination et implicitement à travers l'exigence de licéité¹⁰⁷. Il est évident que la notion de contenu du contrat trouve notamment son origine dans la notion d'objet et absorbe désormais celle-ci. Aux fins de clarté, nous utiliserons la notion d'objet dans le cadre de nos travaux.

Même si la notion de contenu du contrat substitue celle d'objet, la notion d'objet au fond ne disparaît pas¹⁰⁸.

§ 2 : Une subsistance implicite de la notion d'objet

Des auteurs indiquent que « *le contenu de l'obligation est défini par son objet ; il est précisé par les modalités qui peuvent l'affecter* »¹⁰⁹. Cette définition permet de justifier que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

¹⁰⁴ Art. 81 du projet de 2008 et art. 72 du projet de 2009.

¹⁰⁵ D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, sur le projet ! », *D.* 2008.2675.

¹⁰⁶ R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats – Premières impressions », *JCP éd. G* 2008.I.190.

¹⁰⁷ 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 éd. G* 2008.I.213.

¹⁰⁸ M. Fabre-Magnan, « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », *JCP éd. G* 2008.I.199.

¹⁰⁹ G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n°4.

obligations n'a pas modifié de manière notable la notion d'objet (A). Il est regrettable que le Gouvernement n'ait pas profité de l'occasion de cette réforme pour clarifier certains points de cette notion (B).

A) L'absence de modification notable relatif à la notion d'objet

31. Aucune disposition de fond relative à l'objet n'a été changée par l'ordonnance du 10 février 2016¹¹⁰ à raison de l'utilisation du terme contenu du contrat. Bien au contraire, les anciennes dispositions du Code civil relatives à l'existence, à la possibilité, à la détermination de l'objet ou à la licéité du contrat ont été réitérées. Outre l'argument lié à la prise en compte (partielle) de la cause dans cette nouvelle catégorie, aucune raison ne justifiait le changement de terminologie d'objet par celle de contenu du contrat et ce d'autant que, dans les faits, la notion est intégralement conservée. L'absence de modification de fond sur les conditions inhérentes à l'objet n'a pas justifié ce changement. Son éviction au profit de la notion vague de « *contenu du contrat* » ne participe pas aux objectifs recherchés par la Chancellerie, à savoir contribuer au renforcement de la compétitivité et de l'attractivité de notre droit en le rendant plus lisible et plus accessible aux citoyens. Bien au contraire, remplacer une notion stable et précise par une notion vague risque de provoquer l'inverse des effets recherchés.

32. Ainsi, la notion de contenu du contrat sera interprétée à l'aune de la notion d'objet. Afin d'appréhender la notion d'objet dans un contrat¹¹¹, il convient de se poser la question suivante : *quid debitur* ? Qu'est-ce qui est dû ? Qu'est-ce que le *debitum*¹¹² ? Plusieurs réponses peuvent être apportées selon le niveau d'appréciation porté à la notion d'objet. L'objet peut être défini de différentes manières selon le sens qu'on lui porte et le niveau où l'on se situe. Considéré comme objet de la prestation, il est la chose fournie. Pris comme l'objet de l'obligation, il est l'engagement pris. Analysé globalement, l'objet du contrat est l'opération juridique convenue et recherchée par les parties. L'appellation « objet du contrat » est, comme le soutient la doctrine majoritaire, impropre : la création de l'obligation n'est pas l'objet du contrat mais son effet. Il est, à cet égard, plus opportun, de parler d'économie du

¹¹⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹¹¹ Nous optons pour l'utilisation de la notion de « contrat » au lieu de celle de « convention », puisque la première notion est majoritairement utilisée par le Code civil, à la suite de la réforme du droit des contrats en date du 10 février 2016 dans la partie relative au « contenu du contrat ».

¹¹² Pour plus de développements au sujet de l'analyse dualiste de l'obligation, V. notamment : F.-K. Comparato, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, 1963 ; G. Cornil, *Debitum et obligatio, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in Mélanges P. F. Girard, t. 1, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199 et s ; S. Prigent, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008.401.

contrat. Ces différences de degré dans la signification de la notion d'objet n'ont pas été perçues par les rédacteurs du Code civil de 1804 assimilant maladroitement ces trois significations (i.e. objet du contrat, objet de l'obligation et objet de la prestation), lesquelles ont semé le trouble quant au moment où l'objet est envisagé dans la phase contractuelle : validité ou exécution du contrat. Dès lors, distinguer ces trois notions d'objets présente un réel intérêt. La notion d'objet du contrat doit être appréhendée en raison du rôle qu'elle joue dans le cadre de la qualification des contrats et dans le contrôle de l'équilibre et de la licéité de l'opération juridique prise dans son ensemble. La prise en compte de l'objet de l'obligation et de l'objet du contrat permet de contrôler l'imagination potentiellement débordante et *contra legem* des contractants. De plus, au regard de la place du droit des contrats dans la sphère économique, il convient d'adopter, à l'instar du Doyen Carbonnier¹¹³, une analyse rigoureuse de cette notion d'objet où les mots doivent être utilisés à bon escient. Concernant l'objet de l'obligation, il « *se situe, en quelque sorte, un cran en dessous. C'est la prestation due par le débiteur en raison du contrat conclu* »¹¹⁴. Ainsi, l'objet de la prestation se positionne à un niveau en-dessous de l'objet de l'obligation et à deux niveaux en-dessous de l'objet du contrat.

33. La réforme du 10 février 2016¹¹⁵ a intégré les notions d'objet de l'obligation et d'objet de la prestation dans la notion de contenu du contrat. L'objet du contrat semble avoir été écarté de celle-ci par l'ordonnance, pour être intégré dans la notion de but du contrat, selon la rédaction opérée par l'article 1162 du Code civil.

34. De fait, en fonction de l'objectif recherché, il convient de se positionner au niveau du but du contrat afin d'apprécier la finalité de l'opération juridique souhaitée par les parties, au niveau de l'objet de l'obligation afin d'analyser l'engagement pris par les parties et au niveau de la prestation, le cas échéant, afin de rechercher la chose à fournir. L'objet est donc une notion polysémique destinée à être utilisée à différents niveaux d'appréciation et à différentes fins. Ainsi, sans le vouloir, la notion d'objet bénéficie en soi d'une certaine flexibilité. Cette flexibilité ne paraît pas remise en cause avec la notion de contenu du contrat. Les différentes significations ont une importance toute particulière au regard des obligations disjonctives.

¹¹³ J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

¹¹⁴ M. Poumarède, *op. cit.*, n°332.

¹¹⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

35. L'engagement pris de fournir telle ou telle prestation et la nature de celle-ci sont, en effet, au cœur même de notre sujet. La notion d'objet sera appréhendée, dans le cadre de nos travaux, comme étant l'objet de l'obligation. La particularité de cet objet tient à l'option octroyée à l'une des parties de choisir entre l'un des objets de l'obligation, que devra exécuter le débiteur. L'objet ou le but du contrat sera analysé à l'aune des fonctions de l'obligation disjonctive¹¹⁶. Dès lors, les notions d'objets de l'obligation et de prestation retiendront davantage notre attention et notre plume.

A côté de ce débat relatif à la substitution de la notion d'objet par celle de contenu du contrat, les rédacteurs de l'ordonnance ont clarifié la notion d'objet.

B) Une clarification de la notion d'objet

36. Comme l'avaient suggéré opportunément Messieurs Mazeaud¹¹⁷, certains aménagements pouvaient être proposés à la rédaction des articles du Code civil de 1804. L'ancien article 1126 du Code civil aurait pu substituer aux termes « contrat » et « chose » ceux « d'obligation » et de « prestation ». Dès lors, une nouvelle rédaction de cet article aurait pu être : « *toute obligation a pour objet une prestation qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou ne pas faire* ». Toutefois, l'avant-projet Catala ne clarifiait pas totalement l'utilisation de la notion d'objet en proposant d'intégrer l'obligation de donner à usage au sein d'un article 1121 du Code civil¹¹⁸. Les projets de réforme du droit des contrats publiés en juillet 2008 et octobre 2009 proposaient, quant à eux, de supprimer la notion d'objet du contrat et de ne conserver que l'objet de l'obligation : « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* »¹¹⁹. De ce point de vue, ces projets suscitaient l'unanimité et pour cause, la définition était directement inspirée de celle donnée par le Doyen Cornu¹²⁰. Ils contenaient aussi une notion de licéité du contrat¹²¹.

¹¹⁶ V. infra n°264 et s.

¹¹⁷ H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°232.

¹¹⁸ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala, *op. cit.*, art. 1121 : « *Le contrat a pour objet une chose dont une partie s'engage à céder la propriété ou à concéder l'usage, ou qu'elle s'oblige à faire ou à ne pas faire. La détention de la chose peut être également transférée sans qu'en soit concédé l'usage, notamment à titre de dépôt ou de garantie* ».

¹¹⁹ Projets de réforme du droit des contrats, publiés en juillet 2008 et février 2009.

¹²⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, PUF, 11^{ème} éd. 2016, p. 701.

¹²¹ V. infra n°35.

37. L'ordonnance du 10 février 2016¹²² a pris en compte la proposition doctrinale et les derniers projets de réforme en prévoyant des distinctions de degré dans la notion d'objet. L'article 1163 du Code civil dispose que : « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable* ». Cette consécration doit être saluée tant au niveau de l'application rigoureuse des notions juridiques que d'un contrôle facilité de cette notion.

Même si la notion de contenu du contrat n'est pas la plus limpide, ses références à la notion d'objet de l'obligation et à la prestation ont pu être clarifiées par les nouvelles dispositions du Code civil. L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, en tant que condition de validité du contrat, implique d'examiner les caractères que doit comporter le contenu du contrat.

Section 2 : Les caractères classiques de validité de l'objet dans le contenu du contrat

En droit romain, pour être valable, le contrat devait avoir un objet présentant trois qualités dégagées dès l'époque classique : être déterminé, possible et présenter un intérêt pour le créancier¹²³. En 1804, il était classique d'affirmer que l'objet ou les objets de l'obligation devait(ent) remplir certains caractères pour être valable(s) mais aussi devait(ent) être équilibré(s)¹²⁴. Depuis la réforme née de l'ordonnance du 10 février 2016, le contrat doit disposer d'un contenu certain pour être valable. Cette ordonnance fait un renvoi exprès à la notion d'objet au sein de l'article 1163 du Code civil. Ainsi, l'appréhension de ce contenu requiert d'analyser l'objet de l'obligation, lequel est l'un des éléments essentiels des obligations disjonctives. Les critères d'existence (Sous-Section 1), de détermination (Sous-Section 2) et de licéité (Sous-Section 3) de l'objet de l'obligation ou de la prestation s'appliquent alors au contenu du contrat, afin de se conformer aux exigences de l'article 1128 du Code civil.

¹²² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹²³ P. Ourliac et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, PUF, 1969, n°123.

¹²⁴ Même si l'appréciation de l'équilibre se fait au moment de la conclusion du contrat, il est constant que le déséquilibre de l'un des objets de l'obligation sera invoqué par l'autre partie au moment de l'exercice du choix. En outre, cela nous permettra au préalable de bien circonscrire la notion d'obligation disjonctive. C'est pourquoi nous renvoyons le lecteur aux développements relatifs à la remise en cause du choix. V. infra n°364 et s.

Sous-Section 1 : L'existence possible des objets de l'obligation dans le contenu du contrat

38. Le contrat n'est valable, énonce l'article 1128 du Code civil, que s'il a un contenu certain. L'ancien article 1108 du Code civil évoquait un objet formant « *la matière de l'engagement* ». En d'autres termes, le contenu, l'une des trois conditions de validité d'un contrat, est requis au moment de la formation du contrat. C'est à ce moment que devra être constatée l'existence d'un engagement. Monsieur Larroumet énonce que « *à l'inexistence de l'objet de la prestation doit être assimilée l'impossibilité de l'objet, dans la mesure où un objet impossible est l'équivalent d'un objet qui n'existe pas* »¹²⁵.

A l'instar des obligations composées d'un seul objet, les obligations disjonctives suivent ces deux exigences que sont l'existence (§1) et la possibilité (§2) des objets ou des prestations, lesquelles constituent, ainsi, les premiers caractères du contenu certain du contrat requis à titre de validité.

§ 1 : L'existence présente ou future des prestations

Si la prestation doit exister (A), il n'est absolument pas nécessaire qu'elle présente ce caractère au jour de la formation du contrat, elle peut n'exister que dans l'avenir (B). Néanmoins, il doit être déterminable au jour de la formation du contrat.

A) L'existence des prestations

39. En principe, au moment de la conclusion du contrat, l'objet de l'obligation doit exister. L'existence de l'objet de l'obligation s'apprécie donc à ce moment. Il est bien évident que l'objet de l'obligation ne saurait avoir une chose qui n'existe pas ou n'existe plus avant la conclusion du contrat. Une appréciation objective de l'existence ou de l'inexistence de l'objet est à retenir, chassant alors toute appréciation fondée sur le consentement ou le comportement des contractants. Lorsque la chose ou la prestation n'existe pas ou disparaît, le contrat est alors frappé de nullité absolue¹²⁶.

¹²⁵ Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°387.

¹²⁶ Pour une illustration, V. notamment : Versailles, 31 mars 1994, *D.* 1994.IR.166 ; *RJDA* 1995, 1/9, p. 37 ; *Bull. Joly* 1994, p. 627, note A. Couret : un contrat de cession de parts sociales a été annulé en raison de la perte du principal actif de la société.

40. Les nullités fondées sur l'objet sont rares d'autant s'il existe une pluralité d'objets au sein d'une même obligation. L'exigence de l'article 1128 du Code civil¹²⁷ s'applique de la même façon aux obligations disjonctives : il est requis que deux ou plusieurs choses formant l'objet de l'obligation existent au moment de l'engagement. Toutefois, à défaut d'existence de l'un des objets de l'obligation, le contrat n'est pas frappé de nullité dès lors que l'autre ou les autres objets de l'obligation existe(nt). L'existence d'une pluralité d'objets au moment de la conclusion de l'engagement est un préalable nécessaire à la qualification d'obligation disjonctive. Sans cette pluralité d'objets, l'obligation demeure simple et se voit appliquer le régime juridique de droit commun.

41. En revanche, si l'objet unique de l'obligation existe avant la conclusion du contrat et disparaît par la suite, le contrat est régulièrement formé. A raison de la perte de l'un des éléments essentiels à sa validité (i.e. l'objet), le contrat sera, ainsi, dépourvu de contenu et réputé caduc, au sens de l'article 1186 du Code civil. En d'autres termes, il sera privé d'effet dès l'instant où l'objet disparaîtra.

42. L'un des avantages pour les parties de stipuler une obligation disjonctive réside dans le fait que la relation contractuelle est préservée¹²⁸ si l'un des objets de l'obligation vient à disparaître après la conclusion du contrat. Le contrat demeurera, en effet, pleinement valable : seule la branche de l'obligation comportant ledit objet disparaîtra. Si l'un des objets de l'obligation alternative disparaît ou devient de réalisation impossible, l'autre branche de l'obligation devra être exécutée¹²⁹. Pareillement, si l'objet subsidiaire de l'obligation facultative subit le même sort, seule l'exécution de l'objet principal de l'obligation facultative demeurera envisageable. A cet égard, la stipulation d'une pluralité d'objets est un moyen de préserver et de sauvegarder la relation contractuelle. Par exemple, un débiteur s'engage à donner son Smartphone à une personne ou à lui donner la somme de cinq cents euros. Le téléphone lui ayant été dérobé et n'étant pas assuré, l'obligation du débiteur ne disparaît pas : il devra s'acquitter du paiement de cette somme de cinq cents euros.

¹²⁷ Dans sa version postérieure à la réforme du 10 février 2016.

¹²⁸ Pour plus de développements sur cette fonction, V. infra n°287.

¹²⁹ Pour plus de développements sur la disparition d'une ou plusieurs prestations avant l'exercice du choix, V. infra n°316 et s.

Toutefois, si la prestation doit exister, elle peut n'exister que dans l'avenir. Une prestation future peut, en effet, parfaitement faire l'objet d'une obligation, dès lors que les parties ont envisagé son existence dans l'avenir.

B) L'existence future des prestations

43. L'article 1163 alinéa 1^{er} du Code civil dispose expressément que les prestations futures peuvent être l'objet d'une obligation. Comme l'énonce Madame Fabre-Magnan, « *les parties peuvent, ainsi, contracter sur une chose qui n'existe pas encore au moment de leur accord mais dont elles pensent qu'elle existera au moment de l'exécution du contrat* »¹³⁰. Si les prestations futures paraissent être une exception aux prestations présentes, elles sont, dans les faits, d'application courante. Sans en donner une liste exhaustive, nous pouvons citer la vente d'immeubles à construire réglementée par les articles 1601-1 à 1601-4 du Code civil pouvant prendre la forme d'une vente à terme ou d'une vente en l'état futur d'achèvement, la vente d'une récolte future, la cession de créances futures¹³¹, etc.

44. Dans la mesure où la prestation est future, il se peut que la prestation escomptée par les parties lors de la conclusion du contrat ne vienne pas à exister. Deux hypothèses sont émises : soit les parties ont entendu n'être engagées que si la chose venait à exister, soit elles avaient pleinement conscience qu'elles courraient un risque que la chose ne naisse point. Dans la première hypothèse, le contrat sera caduc, en dehors d'une faute de l'une ou de l'autre des parties. Les parties avaient, en effet, soumis leur engagement réciproque à la survenance de la prestation future. Dès lors, l'absence d'objet ne saurait lier les parties, sauf existence d'une obligation disjonctive. L'exemple classique est la vente d'une future récolte de vins. Dans la seconde hypothèse, le contrat sera pleinement valable et ferme, dans la mesure où les parties ont entendu courir le risque inhérent à la survenance ou non de la chose. L'objet de l'obligation existe et se matérialise par l'espoir que la chose existe. En d'autres termes, « *l'inexistence de la chose n'entraînerait pas la nullité du contrat pour absence d'objet de l'obligation de l'une des parties, parce qu'il s'agit en réalité d'un contrat aléatoire, l'éventualité de l'absence d'objet de l'obligation de l'une des parties ayant fait l'objet de leur prévision commune* », énonce Monsieur Larroumet¹³². Ce dernier prend notamment l'exemple du contrat d'assurance aux termes duquel l'obligation de l'assureur

¹³⁰ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 378.

¹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2001, *Bull. civ. I*, n°76 ; *D.* 2001.J.3110, note L. Aynès.

¹³² Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°388.

peut être dépourvue d'objet si le risque prévu au contrat ne se réalise pas pendant la période de la garantie. En raison de ce caractère aléatoire, le contrat demeure et l'assuré doit exécuter l'objet de son obligation, soit le paiement des cotisations. La prestation future doit encore être distinguée de la prestation éventuelle, laquelle n'existe qu'en l'état de simple expectative et sa réalisation n'est que probable.

45. La possibilité de conclure des contrats afférents à des prestations futures est évidemment permise s'agissant des obligations disjonctives. Les parties peuvent très bien songer dans la construction de leurs obligations à prévoir de manière facultative ou alternative un objet de l'obligation présent et un objet de l'obligation futur. Par exemple, Primus s'engage à acheter la récolte de votre vin blanc de l'année 2015 ou celle de l'année 2017. La nécessaire existence d'une chose présente ou d'une chose future octroie aux parties une liberté au moment de leur engagement de choisir *a posteriori* l'objet de leur obligation. Si la chose future naît avant l'exécution de l'obligation, le titulaire du choix pourra librement choisir la prestation à réaliser. A défaut, il supportera une part de risque. Par exemple, si la récolte de vin de l'année 2017 ne naissait pas juridiquement du fait d'une tempête dévastant la récolte, l'acquéreur bénéficierait de celle de 2015.

46. Au demeurant d'ailleurs, les parties peuvent convenir que l'une des prestations revête un caractère aléatoire et donc ne naisse point. C'est un risque que prennent les parties qu'un événement incertain se produise ou non¹³³. Leurs prestations objets de l'obligation sont alors assujetties à l'aléa et au titulaire du choix. De fait, le cocontractant ne disposant pas du choix se trouve en quelque sorte doublement dans l'incertitude. Le fait de stipuler une branche présentant un caractère aléatoire participe au rôle spéculatif joué par l'obligation disjonctive¹³⁴.

L'exigence de certitude du contenu de contrat se trouve remplie dès lors que la prestation ou la chose objet de l'obligation disjonctive existe. La stipulation d'une multiplicité d'objets n'a, toutefois, d'intérêt que si l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation énoncés dans le contrat peuvent matériellement et juridiquement se réaliser.

¹³³ C. civ., art. 1106 al. 2.

¹³⁴ V. infra n°292 et s.

§ 2 : La réalisation possible des prestations contenues dans le contrat

Dans le prolongement de l'existence de l'objet, le contrat ne saurait être valable que si son objet est de réalisation possible, selon l'adage latin consacré : « *à l'impossible nul n'est tenu* ». Appliqué à la possibilité de la prestation, il pourrait être énoncé qu'à l'impossible nul ne peut s'engager. Le contrat qui prévoirait dès sa conclusion une obligation impossible encourrait la nullité. L'objet doit ainsi, de manière positive, être possible, que nous l'envisageons dans la prestation elle-même ou dans la chose objet de l'obligation. La réalisation du contenu du contrat doit tant matériellement (A) que juridiquement (B) être possible.

A) Une possibilité matérielle de réaliser le contenu du contrat

47. En droit français, seule l'impossibilité absolue fait obstacle à la validité du contrat. Il s'agit de l'impossibilité à laquelle se heurterait toute personne. C'est l'obligation en elle-même qui doit être impossible à exécuter. En revanche, si l'inexécution résulte d'une caractéristique propre du débiteur s'étant engagé à accomplir une obligation qui serait en soi possible, mais qu'il ne dispose pas des moyens pour l'exécuter, l'obligation demeure valable. L'impossibilité est alors dite relative. Son engagement n'est clairement pas impossible à l'égard de tous mais seulement pour lui. A défaut de réalisation de la prestation promise en conformité avec le contrat, il engagera sa responsabilité contractuelle et sera probablement tenu à des dommages-intérêts, au regard de l'article 1217 du Code civil. Notons, cependant, que si le cocontractant veut se délier du contrat, il privilégiera la voie de la nullité du contrat fondée sur un vice du consentement, plus courante.

48. Appliqué à l'obligation facultative, l'objet principal de l'obligation doit uniquement être pris en compte dans cette appréciation relative à l'impossibilité de réaliser l'objet de l'obligation. Seul cet objet étant *in obligatione*, l'impossibilité de l'objet subsidiaire n'aura aucune influence sur la validité du contrat.

49. En matière d'obligation alternative, l'article 1307-3 du Code civil énonce que : « *le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres* ». L'ancien article 1192 du Code civil était moins explicite en énonçant que : « *l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation* ». Cela signifie que

l'impossibilité absolue touchant l'un des objets de l'obligation alternative rend l'obligation pure et simple. Les projets de réforme du régime général des obligations allaient également en ce sens : « *si l'une des prestations est impossible ou illicite dès le moment de l'engagement, l'obligation se concentre sur l'autre* »¹³⁵ ou « *si l'une des prestations est impossible ou illicite dès le moment de l'engagement, l'obligation ne porte que sur l'autre prestation* »¹³⁶. Telle en a été l'application faite, par exemple, par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 2006¹³⁷. En l'espèce, des personnes physiques ont vendu à une société de promotion immobilière la propriété d'un immeuble à usage mixte. Une stipulation du contrat de vente prévoyait une obligation alternative, dont l'option était laissée aux vendeurs, à la charge pour le promoteur immobilier soit de payer la totalité du prix de cession de l'immeuble, soit de payer une partie du prix de cession et de livrer un bien de cet immeuble. La société ayant abandonné son projet de promotion immobilière sans faute de sa part, l'obligation est devenue simple par disparition de l'une des branches de l'obligation. Dès lors, par application de l'actuel article 1307-3 du Code civil, ce débiteur devait payer aux vendeurs le prix de cession restant dû, conformément à l'autre branche de l'obligation.

50. Un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris¹³⁸ est également particulièrement intéressant eu égard à l'impossibilité d'exécuter une branche de l'objet de l'obligation, et ce sans la faute du débiteur. En l'espèce, un contrat de bail à usage d'habitation avait été conclu entre deux personnes physiques. Celui-ci prévoyait notamment que le preneur devait, à l'expiration du bail, faire enlever les constructions posées par lui ou indemniser le propriétaire à hauteur d'un montant convenu avec lui, en vertu de l'article 555 du Code civil. Le preneur avait, en effet, au cours du bail, édifié sur le sol des constructions abritant elles-mêmes des locataires. Le bailleur a exigé la démolition des constructions, outre l'allocation de dommages-intérêts, ce que le preneur a refusé en raison de l'occupation des immeubles construits par plusieurs locataires mais aussi et surtout en raison du refus de l'administration d'autoriser cette démolition. La Cour d'appel de Paris a alors jugé que l'obligation du locataire était une obligation alternative dont était titulaire le bailleur. Ainsi, la démolition des constructions, l'une des branches de l'alternative, ne pouvant pas être exécutée, l'obligation

¹³⁵ Art. 1189 al. 2, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala, Partie relative « *aux obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives* », par M. le professeur J.-J. Taisne, *op. cit.*

¹³⁶ Art. 16 al. 2, Document de travail relatif à un avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013.

¹³⁷ Cass. 1^e civ., 30 mai 2006, n°04-18488.

¹³⁸ Paris, 10 févr. 1959, *D.* 1959.356.

du preneur était devenue pure et simple. Il devait dédommager le bailleur du préjudice subi d'un montant soit convenu entre les parties soit fixé par un expert nommé par décision de justice. L'enseignement de cet arrêt se trouve principalement dans les motifs de la Cour d'appel de Paris pour refuser la démolition des constructions et considérer celle-ci comme de réalisation impossible : elle retient que le coût de démolition des constructions était disproportionné par rapport aux obligations contractées par les parties et celle-ci n'aurait pour but que de permettre au bailleur de disposer d'un immeuble construit sans dédommagement du preneur. Si la Cour d'appel de Paris n'avait pas caractérisé l'impossibilité de cette branche de l'obligation alternative, elle aurait été contrainte de faire droit à la demande du bailleur, seul disposant du droit d'option issu de l'article 555 du Code civil¹³⁹.

51. Ces deux arrêts permettent d'illustrer qu'en présence d'une obligation alternative, la relation contractuelle est préservée lorsque l'une des branches de l'obligation est de réalisation impossible. L'interprétation de l'article 1307-3 du Code civil ne soulève aucune ambiguïté : seul l'objet de l'obligation de réalisation impossible doit être annulé. L'impossibilité absolue ne concerne que l'objet de l'obligation concerné. L'autre objet de l'obligation sera considéré comme étant le seul objet de l'obligation. L'obligation alternative devient, dans ce cas, pure et simple, à raison de la disparition de la modalité de l'obligation. Sans la stipulation de cette modalité de l'obligation, le contrat aurait été annulé dans son intégralité.

52. S'agissant de l'obligation facultative, les deux prestations doivent être possibles. Toutefois, au contraire de l'obligation alternative, l'impossibilité de la prestation subsidiaire sera sans effet sur la nullité de l'obligation. L'obligation facultative sera, cependant, nulle si la prestation principale ne peut être exécutée. La possibilité de l'objet de l'obligation est analysée seulement au regard de l'objet de l'obligation principale.

53. En revanche et conformément au droit commun, l'impossibilité relative pour le débiteur d'exécuter un des objets de l'obligation ne lui permet pas de s'exonérer de son obligation, si le créancier venait à choisir cet objet.

¹³⁹ V. notamment : Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, *Bull. civ.* III, n°207, *D.* 1999.IR.248 ; *LPA* 10 janv. 2000, n°6, p. 21, note Ph. Casson ; *RDI* 2000, 20, note M. Bruschi.

A l'instar de l'existence de la chose, la flexibilité contractuelle que les parties se sont données quant à la pluralité d'objets est pleinement opportune quant à la subsistance d'un objet de l'obligation à exécuter. Dans pareille situation, le droit commun trouve pleinement vocation à s'appliquer dès lors que le débiteur n'est pas dans l'impossibilité juridique de s'exécuter.

B) Une possibilité juridique de réaliser le contenu du contrat

54. La réalisation de la prestation n'est pas seulement soumise à sa possible réalisation de fait, elle est conditionnée à l'absence d'empêchement de droit. Lors de la conclusion du contrat, il peut arriver que le débiteur n'ait aucun droit sur la chose. A première vue, il serait tentant de constater la nullité absolue de ce contrat eu égard à l'absence de droit du contractant sur la chose. Cependant, à regarder plus précisément, l'impossibilité n'est pas absolue mais relative, puisqu'à la différence du débiteur, le propriétaire pourrait exécuter le contrat. C'est pourquoi le contrat portant sur la chose d'autrui est considéré par la doctrine comme étant valable et qu'il appartient au débiteur de se procurer la chose¹⁴⁰. A défaut, le contrat ne sera pas nul et le débiteur sera considéré comme fautif. Néanmoins, précisons que le Code civil prévoit deux exceptions à cette absence de droit sur une chose en sanctionnant de nullité la vente¹⁴¹ de la chose d'autrui¹⁴² et l'hypothèque de la chose d'autrui¹⁴³. Nous pouvons d'ailleurs noter que la sanction encourue n'a pas la même force. L'hypothèque de la chose d'autrui engendre la nullité absolue¹⁴⁴, alors que la vente de la chose d'autrui est, quant à elle, simplement sanctionnée par la nullité relative. La sanction de la nullité absolue se justifie par la qualité essentielle de propriétaire du constituant de la sûreté réelle¹⁴⁵. Des auteurs¹⁴⁶ justifient cette sanction par la prohibition de l'hypothèque de biens à venir. Dès lors, en présence de la stipulation d'une obligation disjonctive dans les contrats précédemment évoqués, le sort de celle-ci sera sujet de la validité ou non du contrat.

¹⁴⁰ Pour une illustration en matière de bail portant sur la chose d'autrui : Cass. 3^e civ., 26 avr. 1972, *Bull. civ.* III, n°260 ; *Gaz. Pal.* 28 déc. 1972 ; P. Zajac, « Le bail accidentel de la chose d'autrui » ; *JCP éd. N* 1995.641 ; A.-V. Le Fur, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004.429.

¹⁴¹ Pour plus de détails sur cette question, V. notamment : P. Guiho, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954.1 ; Cass. req., 15 janv. 1934, *DH* 1934.97 ; Cass. 1^e civ., 17 juill. 1958, *D.* 1958.J.619 ; Cass. 3^e civ., 9 mars 2005, *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. 128, obs. L. Leveneur.

¹⁴² C. civ., art. 1599.

¹⁴³ C. civ., art. 2413.

¹⁴⁴ Cass. civ., 24 mai 1892, *DP.* 1892.1.327.

¹⁴⁵ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2012, n°399.

¹⁴⁶ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, Defrénois, 9^{ème} éd. 2015, n°667.

55. La possibilité des objets de l'obligation disjonctive ne pose, quant à elle, pas de difficulté particulière. A l'aune de l'article 1162 du Code civil, les prestations, objets des obligations disjonctives, doivent être consenties par le propriétaire ou à tout le moins par la personne qui sera le propriétaire au moment du choix.

A l'instar du droit commun, la prestation objet de l'obligation doit exister et être possible. Elle doit aussi être déterminée ou déterminable.

Sous-Section 2 : La détermination de l'objet de l'obligation et de l'objet de la prestation

56. Les juristes romains se contentaient d'énoncer que la chose était suffisamment déterminée lorsque le juge pouvait procéder à son évaluation en argent¹⁴⁷.

57. Originellement, deux textes du Code civil de 1804 précisaient que l'objet de l'obligation devait être déterminé ou déterminable afin que le contrat soit valable. L'article 1108 du Code civil exigeait « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* » et l'article 1129 du même Code précisait que : « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* » en ajoutant dans un second alinéa que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». L'actuel article 1163 alinéa 2 du Code civil est plus précis que les articles précédents en énonçant que : « *celle-ci (la prestation) doit être possible et déterminée ou déterminable* ». Il reprend l'évolution jurisprudentielle et doctrinale du caractère déterminable de la prestation. La prestation est déterminable, dès lors que le contrat fournit les éléments de la détermination de l'objet de l'obligation. Cette exigence est également reprise, par exemple, par le droit de la vente au sein de l'article 1591 du Code civil. Dans le cadre de la cession par voie de bordereau Dailly, la déterminabilité de la créance cédée est permise par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier.

58. Un contrat ne saurait, en effet, être formé si les parties ne se sont pas entendues sur la chose due. Cette exigence découle du bon sens : un débiteur ne saurait être engagé sans savoir à quoi. Elle contribue aussi à l'instauration d'une sécurité juridique entre les parties. La

¹⁴⁷ H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°237.

détermination de l'objet permet de consigner l'engagement des parties et de limiter ou même d'exclure la tentation qu'aurait l'une des parties d'imposer à l'autre une prestation excessive ou impossible à satisfaire¹⁴⁸. L'article 1163 alinéa 3 du Code civil considère que « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Non prévue par l'article 1129 du Code civil de 1804, la déterminabilité de l'objet est désormais énoncée par cet article 1163 alinéa 3 du Code civil. La détermination de l'objet est, dès lors, une condition essentielle de la validité du contrat, une « *condition structurelle* » de celui-ci, selon Monsieur Ghestin¹⁴⁹.

Nous verrons, au regard du droit commun, que l'obligation alternative et l'obligation facultative n'échappent pas à ces exigences. Contrairement à l'ancien article 1129 du Code civil, l'actuel article 1163 du Code civil ne distingue pas entre la détermination de la prestation quant à son espèce et quant à sa quotité. Toutefois, il nous semble plus évocateur et plus précis de reprendre cette distinction (§1) avant d'analyser l'exclusion du prix quant à cette détermination dans certains contrats (§2).

§ 1 : La détermination de la chose quant à son espèce et à sa quotité

59. L'ancien alinéa 1^{er} de l'article 1129 du Code civil prévoyait que la chose devait être déterminée dans son espèce, mais il n'était pas nécessaire qu'elle soit individualisée. Cette exigence était bien évidemment remplie, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, celui-ci indiquait précisément ce qui était dû. L'objet de l'obligation est alors déterminé. Toutefois, il suffit pour que le contrat soit valable que la chose objet de la prestation soit seulement déterminable. Tel sera le cas d'un objet non déterminé au moment de la conclusion du contrat mais qui revêtirait ce caractère au moment de l'exécution du contrat, et ce sans solliciter un nouvel accord des parties. Un auteur a écrit que : « *le contrat doit contenir d'ores et déjà des indications suffisamment précises pour que l'on puisse, au jour de l'exécution du contrat, savoir très précisément ce qui est dû par le débiteur* »¹⁵⁰.

¹⁴⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°236.

¹⁴⁹ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et cause, Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n°92.

¹⁵⁰ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 380.

A cette fin, il convient d'évoquer la substitution du terme « chose » par celui de « prestation » (A) avant d'opérer la classique distinction entre les corps certains et les choses de genre (B).

A) La substitution du terme « chose » par celui de « prestation »

60. La question de savoir ce qu'est une chose remonterait au temps des Grecs du VII^{ème} siècle avant J.-C.¹⁵¹. La chose a aujourd'hui de multiples significations¹⁵². Toutefois, comme le disait Portalis : « *les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes* ». Selon le Doyen Cornu, la chose est « *un objet matériel sous le rapport du Droit ou comme objet de droits* »¹⁵³. Une chose peut être aussi définie comme « *un objet sur lequel peuvent exister des droits subjectifs* »¹⁵⁴. La notion de chose, au sens des anciens articles 1129 et 1189 et suivants du Code civil, doit être entendue comme étant un bien. Cette notion n'est pas reprise dans les dispositions actuelles du Code civil. En raison de l'évolution de la notion et de la jurisprudence rendue à ce sujet, cette notion a encore toute sa signification. Selon Messieurs Malaurie et Aynès¹⁵⁵, « *les choses ne sont des biens que si elles ont une valeur et sont susceptibles d'appropriation* ». Si la notion de chose a été perçue dans un sens étroit ne comprenant que les choses corporelles, elle doit être aujourd'hui entendue *lato sensu*. « *En un sens plus large, chose signifie toute affaire, tout ce dont il en va de telle ou telle manière, les choses qui adviennent dans le monde, les faits, les événements* »¹⁵⁶. Dès lors, la chose objet de l'obligation et objet de la prestation peut être une chose corporelle ou une chose incorporelle à laquelle le débiteur s'oblige de donner, de faire ou de ne pas faire.

61. Ainsi, la pluralité d'objets de l'obligation disjonctive peut, par exemple, être constituée par deux faits ou une chose et un fait¹⁵⁷, etc. Plus précisément, le débiteur peut être engagé aussi bien à céder une créance ou une dette, rendre une prestation de service (telle qu'effectuer le ménage) ou donner une bouteille d'eau. Les choses objet de l'obligation et de la prestation sont, par conséquent, potentiellement nombreuses et variées, sous réserve d'être déterminées ou déterminables.

¹⁵¹ F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2014, n°3.

¹⁵² M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Galimard, 1962, trad. franç., 1998, p. 15 et s.

¹⁵³ G. Cornu, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵⁴ S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017, p. 187.

¹⁵⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 6^{ème} éd. 2015, n°9.

¹⁵⁶ M. Heidegger, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁷ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, 1954, n°1048.

62. A propos d'une prestation de service, la jurisprudence a pu appliquer ce principe de détermination de l'objet en considérant que l'obligation d'un débiteur de faire un geste était dépourvue d'objet faute de précision. Dans un arrêt de cassation, rendu au visa de l'ancien article 1129 alinéa 1^{er} du Code civil, la Cour de cassation a clairement affirmé que : « *en vertu de ce texte il faut, pour la validité du contrat, que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* »¹⁵⁸.

63. La réforme du 10 février 2016¹⁵⁹ a remplacé le terme « chose » par celui de « prestation » tant dans les dispositions générales relatives à la détermination du contenu du contrat¹⁶⁰ que dans celles relatives aux obligations plures. L'utilisation de la notion de prestation paraît plus correcte, dans la mesure où le contrat fait naître des obligations, dont l'objet consiste à accomplir une prestation. Cette prestation a, le cas échéant, pour objet une chose. En outre, la notion de prestation est désormais codifiée dans la section consacrée aux obligations plures¹⁶¹, dont font partie l'obligation alternative et l'obligation facultative. Dès lors, la disparition de la notion de chose au caractère restrictif permet d'envisager un élargissement du champ d'application de l'obligation disjonctive.

La prestation étant définie, il convient de distinguer les corps certains des choses de genre, lesquels n'obéissent pas aux mêmes règles de détermination.

B) La distinction entre les corps certains et les choses de genre

La détermination ou la « déterminabilité » de la chose ne s'applique pas de la même façon selon que la chose constitue un corps certain (1) ou une chose de genre (2).

1) La détermination par nature des corps certains

64. Le corps certain est « *une chose caractérisée par son irréductible individualité et, par conséquent, insusceptible d'être remplacée par une autre dans un paiement* »¹⁶². La détermination des corps certains ne semble pas poser de difficulté : ils sont « *déterminés du*

¹⁵⁸ Cass. com., 28 févr. 1983, *Bull. civ.* IV, n°86 ; *Defrénois* 1984, p. 294, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1983.746, obs. F. Chabas.

¹⁵⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁶⁰ C. civ., art. 1163.

¹⁶¹ C. civ., art. 1306 à 1308.

¹⁶² S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017, p. 308.

seul fait qu'ils existent sans qu'il soit possible de les identifier à telle espèce»¹⁶³. La détermination de l'objet de l'obligation est alors très simple : il suffit de désigner, dès la conclusion de l'engagement des parties, cette chose sous peine d'encourir la nullité pour défaut d'objet. La Cour de cassation a, par exemple, affirmé que la vente d'un immeuble n'était pas valable en raison de l'absence dans l'acte des caractéristiques et de la localisation de celui-ci¹⁶⁴. En présence d'une obligation dite simple, cette individualisation ne permettra pas au débiteur lors de l'exécution de l'obligation de remplacer cette chose par une autre et au créancier de demander l'exécution d'une autre. La détermination d'un corps certain sécurise, ainsi, le rapport contractuel.

65. L'intérêt des parties serait alors de prévoir un choix entre une pluralité d'objets portant sur des corps certains afin de ne pas restreindre leur rapport contractuel. Le titulaire du choix devra alors opter pour telle ou telle prestation. Tel a été le cas dans un arrêt du 11 juin 1970 au sujet des modalités de remboursement d'un contrat de prêt. En contrepartie du prêt d'une certaine somme d'argent, l'emprunteur s'était réservé une option : soit de rembourser en argent son créancier soit de lui transférer la parcelle de terrain acquise par ce prêt¹⁶⁵. Cette option a permis à l'emprunteur de se libérer de son obligation en remboursant en numéraire son créancier du prêt consenti. Si le débiteur n'avait pas eu les sommes nécessaires pour procéder à ce remboursement, la convention lui permettait d'exécuter son obligation en transférant la parcelle de terrain. Cette alternative est expressément prévue en matière de vente par l'article 1584 alinéa 2 du Code civil : « *elle (la vente) peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives* ». Une personne peut, ainsi, s'engager à acheter pour le même prix telle marque de télévision ou telle autre.

La détermination de la chose présentant la forme d'un corps certain, objet de l'une ou des branches de l'obligation, se conforme alors à l'exigence de détermination de l'objet de l'obligation et se différencie de la détermination de l'objet de l'obligation portant sur une chose de genre.

¹⁶³ Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°390.

¹⁶⁴ Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997, *Bull. civ.* III, n°172 ; *Defrénois* 1997, p. 1346, obs. Ph. Delebecque ; *D.* 1997.IR.208 ; *RDI* 1998 p. 108, note J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; *JCP éd. N* 1997.II.1509 ; *JCP éd. G* 1997.IV.2029 ; *JCP éd. E* 1997, n°44, actu. n°1158, p. 391 ; *RJDA* 1998, 1/98, p. 19 et s.

¹⁶⁵ Cass. 3^e civ., 11 juin 1970, *Bull. civ.* III, n°401.

2) La double détermination des choses de genre

66. L'article 1163 du Code civil s'applique davantage aux choses de genre. Les choses de genre sont des choses fongibles¹⁶⁶ dont il existe un nombre indéfini d'exemplaires identiques et interchangeables¹⁶⁷. La fongibilité est la caractéristique des choses de genre, dans la mesure où les choses appartenant au même genre peuvent être considérées comme équivalentes si elles sont de même qualité et de même quantité. Cet article requiert une double détermination de la chose à la fois dans son espèce et dans sa quotité. Mentionnons que, jusqu'à ce que le débiteur ait spécifié l'objet de l'obligation, il n'est engagé à rien.

67. « *Par espèce, le Code entend le genre auquel la chose appartient : du riz, de l'essence, une automobile de tel modèle* »¹⁶⁸. Le contrat doit préciser à quel genre appartient la chose, afin de satisfaire à la certitude de l'objet requise par le droit positif. Il appartiendra alors au débiteur d'exécuter son obligation afin d'individualiser la chose à donner ou à faire. La détermination de la qualité de la chose n'est, quant à elle, pas indispensable afin de rendre le contrat valable. A défaut d'intention ou d'indication des parties, l'ancien article 1246 du Code civil présumait que l'obligation porte sur une chose de qualité moyenne. L'actuel article 1166 du Code civil précise désormais que « (...) *le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ». Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁶⁹ ont élargi, ainsi, l'appréhension de la qualité de la prestation aux attentes légitimes des parties¹⁷⁰.

68. S'agissant de la quotité de la chose de genre, il n'est pas requis qu'elle soit déterminée au moment de l'accord des volontés. Toutefois, elle doit être déterminable au plus tard au moment de l'exécution. Notons que certains contrats excluent par nature la détermination

¹⁶⁶ Pour plus de développements sur la notion de fongibilité, V. notamment : P.-Gr. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, thèse Paris I, LGDJ, 2004 ; A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995.307.

¹⁶⁷ B. Fages, *op. cit.*, n°154.

¹⁶⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°270.

¹⁶⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁷⁰ Pour plus de développements sur la notion d'attente légitime, V. notamment : G. Guerlin, *L'attente légitime du cocontractant*, thèse Amiens, 2008 ; X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, LGDJ, 1995 ; P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007.321 et s. ; D. Mazeaud, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2/2006, p. 363 et s. ; H. Aubry, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 3-2005, p. 627 et s. ; J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 et s. ; E. Lévy, « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910.717.

préalable de la quotité¹⁷¹. Le montant de la course de taxi en est une illustration, dans la mesure où il est difficile de calculer, avant d'arriver à destination, le montant de la course. Cela étant, la détermination de la quantité de la chose empêche un vendeur de livrer une quotité infime de la chose de genre diminuant *ipso facto* l'intensité de l'engagement. La désignation de la quantité de la chose s'impose dès lors que la chose de genre ne se vend pas au poids, à la mesure ou au nombre. Cette détermination doit avoir lieu selon des critères suffisamment explicites et objectifs, afin, d'une part, de ne pas nécessiter un nouvel accord des parties et, d'autre part, de ne pas laisser l'identification de la chose à l'arbitraire de l'une d'elles¹⁷².

69. Pareille détermination des choses de genre doit être appliquée aux obligations disjonctives, aucune disposition particulière n'étant prévue à cet effet.

La détermination de la chose n'obéit pas aux mêmes règles selon que la chose soit un corps certain ou une chose de genre. Le prix, objet de l'obligation monétaire et souvent l'un des objets de l'obligation disjonctive, devrait se voir appliquer de la même façon l'article 1163 (ancien article 1129) du Code civil, sauf que le droit positif en a décidé autrement dans certains contrats.

§ 2 : L'inapplication de la détermination de l'objet au prix dans certains contrats

Pendant longtemps, la détermination de l'objet de l'obligation s'est appliquée au prix, comme tout objet de l'obligation (A). Cependant, en raison notamment de la souplesse contractuelle exigée par certains types de contrats, la Cour de cassation puis le Code civil ont consacré l'inapplicabilité de la détermination de l'objet au prix dans certains contrats (B).

¹⁷¹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°393.

¹⁷² S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°186 ; Cass. 1^o civ., 23 mai 1995, *Bull. civ.* I, n°214 ; D. 1996.J.113 et 114, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1995.620, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1996.112, obs. B. Bouloc ; *Defrénois* 1995, p. 345, note Ph. Delebecque.

A) Une originelle application de la détermination de l'objet de l'obligation au prix

70. Le prix paraît être un élément nécessaire à la validité et à l'exécution des contrats. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence¹⁷³ a appliqué au prix un régime semblable à celui applicable aux choses de genre, en vertu de l'ancien article 1129 alinéa 2 du Code civil. Ainsi, au moment de la formation du contrat, le prix devait être soit déterminé soit déterminable à condition de contenir des éléments objectifs permettant de le fixer. Un parallèle a alors été effectué avec le prix afférent au contrat de vente exigé par l'article 1591 du Code civil. Dans le dessein de protéger la partie faible, la jurisprudence¹⁷⁴ a alors soumis les contrats cadre de distribution, objets de la jurisprudence, à l'exigence de détermination du prix, sur le fondement de l'ancien article 1129 du Code civil. Monsieur Malaurie a pu parler d'une « véritable chasse à l'indétermination du prix »¹⁷⁵. Une évolution jurisprudentielle s'en est alors suivie que Messieurs Flour, Aubert et Savaux résument de la manière suivante : « une longue période d'incertitude s'est alors ouverte. En simplifiant considérablement une évolution très heurtée, on peut en retenir les étapes suivantes : nullité du contrat-cadre pour indétermination du prix ; validité du contrat-cadre qui n'engendre que des obligations de faire, l'article 1129 n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux obligations de donner ; validité du contrat-cadre portant référence au tarif (à venir) de l'une des parties, la mise en œuvre de recours au tarif devant être faite de bonne foi »¹⁷⁶. En revanche, était toujours exclue la détermination du prix dans certains types de contrats¹⁷⁷.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation puis l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷⁸ ont considéré que le prix n'avait pas à être déterminé au moment de la conclusion de contrats cadre et de contrats de prestation de service.

¹⁷³ Cass. Req., 7 janv. 1925, *DH* 1925.57 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^{ème} éd. 2015, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, n°262, p. 623.

¹⁷⁴ Cass. com., 11 oct. 1978, *Bull. civ.*, n°225 ; *JCP éd. G* 1979.II.19034, note Y. Loussouarn ; *D.* 1979.135, note R. Houin ; *RTD civ.* 1980.364, obs. G. Cornu.

¹⁷⁵ Ph. Malaurie, « L'indétermination du prix dans les contrats de concession », *Contrats, conc., consom.* 1995, p.64.

¹⁷⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°237.

¹⁷⁷ V. infra n°68.

¹⁷⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

B) L'inapplication de la détermination du prix à certains contrats

71. Par quatre arrêts rendus en Assemblée Plénière¹⁷⁹ le 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation¹⁸⁰ a décidé que l'article 1129 du Code civil¹⁸¹ n'est plus applicable au prix et « *en toute matière* »¹⁸², sauf dispositions législatives particulières. En d'autres termes, l'indétermination du prix, selon ces arrêts, ne constitue plus de manière générale une cause de nullité du contrat. La jurisprudence a donc semblé conférer un maximum de liberté aux parties et une « *tranquillité d'esprit* »¹⁸³ en n'enfermant pas la stricte détermination du prix en une condition de validité d'un contrat. Le contrôle de la détermination du prix n'était alors plus opéré au moment de la formation du contrat mais au moment de son exécution. Le contrôle était, en effet, effectué *a posteriori* en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix, lequel pouvait donner lieu à résiliation ou indemnisation.

72. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016¹⁸⁴ a limité cette possibilité aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service en octroyant à l'une des parties la possibilité de fixer unilatéralement le prix¹⁸⁵. La portée des arrêts rendus par l'assemblée plénière se révèle, à l'aune de cette réforme, aujourd'hui limitée. Les articles 1164 et 1165 du Code civil précisent, à cet égard, que la partie qui détermine le prix doit justifier le montant en cas de contestation du prix par son cocontractant. Une obligation de motivation est alors mise à la charge de cette partie¹⁸⁶. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 précise que la motivation doit s'entendre comme le mode de calcul du prix, au regard des prévisions des parties. En cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix afférent à un contrat cadre ou à un

¹⁷⁹ Il ne s'agit pas d'analyser en profondeur les quatre arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995 mais d'en dresser les principaux apports eu égard à la problématique de la détermination de l'objet de l'obligation et à la possibilité de stipuler un prix comme objet de l'obligation alternative ou de l'obligation facultative.

¹⁸⁰ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. civ. ass. plén.*, n°7, 8 et 9 ; *D.* 1996.13, note L. Aynès ; *JCP éd. G* 1996.II.22565, note J. Ghestin ; *LPA* 27 déc. 1995, art. D. Bureau et N. Molfessis ; *D. aff.*, 1996.I.4, art. A. Laude ; *RJDA* 1996, p. 5, art. M.-A. Frison-Roche ; *JCP éd. E* 1996.I.523, n°7, obs. J.-M. Mousseron ; *JCP éd. E* 1996.II.776, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 1996, p. 747, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996.153, obs. J. Mestre ; *Banque* 1996.82, note J. Guillot ; *D.* 1997, somm. 49, obs. D. Ferrier ; *Dr. et patr.* 1996. 49, note A. Couret ; *RTD com.* 1997, obs. Ch. Bourgeon, D. Ferrier, Ch. Jamin, M. Jéol, M. Pédamon, Ph. Simler et Th. Révet ; *Cah. dr. entr.* 1998/2, note D. Mainguy.

¹⁸¹ Alors applicable au moment des faits.

¹⁸² Cass. 1^o civ., 12 mai 2004, n°03-13847 ; *RDC* 2004. 925, obs. D. Mazeaud.

¹⁸³ J. Mestre, *op. cit.*, à propos des arrêts d'assemblée plénière.

¹⁸⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁸⁵ Ph. Dupichot, « User des prérogatives contractuelles » avec la coll. de J.-D. Bretzner et M. Thomas, *JCP éd. E* n°25, 23 juin 2016, 1375. ; J. Moury, « La détermination du prix dans le nouveau droit commun des contrats », *D.* 2016.1013.

¹⁸⁶ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

contrat de prestation de service, le débiteur pourra saisir le juge afin d'obtenir des dommages et intérêts. Le cas échéant, le débiteur pourra demander la résolution du contrat cadre, au sens de l'article 1164 alinéa 2 *in fine* du Code civil¹⁸⁷.

73. Cela étant, ni la Haute Juridiction ni les articles 1164 et 1165 du Code civil n'ont précisé la signification qu'ils entendaient donner à la notion d'abus et celle-ci se révèle relativement difficile à appréhender¹⁸⁸. Comme le souligne Monsieur Ferrier, « *l'abus dans l'exécution du contrat peut résulter d'une intention de nuire, voire d'une légèreté blâmable, ou d'un détournement de la finalité d'une prérogative ou d'un pouvoir* »¹⁸⁹. La notion d'abus risque d'être sujette à interprétation. C'est pourquoi la jurisprudence doit déterminer les contours de cette notion. Il convient de souligner que la discussion porte, en l'espèce, sur la fixation du prix et non sur une lésion généralisée de celui-ci. Il semble que l'abus dans cette matière découle moins du montant du prix¹⁹⁰ que de l'ampleur du pouvoir unilatéral d'un contractant sur l'autre¹⁹¹. La jurisprudence a donné quelques éléments d'identification de la caractérisation de l'abus, tels que la volonté de réaliser un profit illégitime¹⁹² ou la distribution prioritaire de profits aux actionnaires au lieu de venir soutenir des concessionnaires en difficultés¹⁹³.

74. La possibilité conférée à l'une des parties de déterminer le prix ne lui octroie, ainsi, pas le pouvoir d'abuser de ce droit en pratiquant un prix préjudiciable à l'autre partie. Ce serait user de manière déloyale de cette prérogative. Dans les trois arrêts de cassation, l'Assemblée Plénière vise les anciens articles 1134 et 1135 du Code civil, signe d'un engagement des parties de ne pas se comporter de manière abusive. Bien plus, il ressort de ces arrêts que la fixation unilatérale du prix par une partie implique que celle-ci doive prendre en

¹⁸⁷ La demande en résolution n'est pas permise s'agissant du contrat de prestation de service.

¹⁸⁸ Sur cette notion, V. notamment : Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix-Marseille, 1999 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse Paris IX, 2001, n°249 et s ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, thèse Paris X, 2004, n°272 et s.

¹⁸⁹ D. Ferrier, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁰ Cass. com., 21 janv. 1997, n°94-22034, *D.* 1997.J.414, note Ch. Jamin ; Paris, 19 mai 2000, *RTD civ.* 2000.570, obs. J. Mestre et B. Fages ; B. Fages, *op. cit.*, n°155.

¹⁹¹ R. Cabrillac, *Droit des obligations, op. cit.*, n°83.

¹⁹² Paris, 25^e ch. A, 19 mai 2000, *SA Alcatel Réseaux d'entreprises Ile-de-France c/ SARL Fryma*, inédit, *RTD civ.* 2000.570, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁹³ Cass. com., 15 janv. 2002, *RTD civ.* 2002.294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2002.J.1974, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », note Ph. Stoffel-Munck.

compte les intérêts de son cocontractant¹⁹⁴, comme le suggère la doctrine du solidarisme contractuel¹⁹⁵. Comme l'indique Monsieur Jamin, « *le prix unilatéralement déterminé doit permettre à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité, dans la situation de dépendance qui est la sienne ; si elle ne peut prétendre au même profit que le cocontractant dominant, elle doit pouvoir réaliser un profit autorisant, toutes choses égales par ailleurs, la poursuite de son activité* »¹⁹⁶. Il faut que le prix fixé puisse être assumé par le contractant sans mettre en péril son activité¹⁹⁷. D'une manière générale, si une partie abuse de son droit, elle engage sa responsabilité civile vis-à-vis de son cocontractant¹⁹⁸. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation n'a, cependant, pas suivi cette solution en affirmant que l'abus dans le cadre de la détermination unilatérale du prix ne pouvait donner lieu qu'à « *résiliation ou indemnisation* ». L'ordonnance en date du 10 février 2016¹⁹⁹ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a confirmé la position tenue par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation concernant les sanctions en cas d'abus dans la fixation du prix et a octroyé au juge la possibilité de prononcer la résolution du contrat. Elle n'a pas été jusqu'à consacrer l'octroi d'un pouvoir de révision du prix au juge, comme le suggérait le projet d'ordonnance en date du 25 février 2015 en son article 1163 alinéa 2²⁰⁰. Cette insertion aurait eu notamment pour effet de renforcer le rôle du juge en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix. Toutefois, nous pouvons relever qu'indirectement, le juge pourrait réviser le contrat dans l'hypothèse où il allouerait des dommages-intérêts sans résilier le contrat. Il pourrait déterminer le *quantum*, en fonction du prix qu'il estime être le plus adéquat au contrat.

¹⁹⁴ Selon R. Demogue (*Traité des obligations*, 1932, n°3, p. 9), « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Ainsi, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union* ».

¹⁹⁵ Pour plus de développements au sujet de la doctrine du solidarisme contractuel, V. notamment : R. Demogue, *op. et loc. cit.* ; R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907.245 ; Ch. Jamin, *Demogue, juriste de l'impermanence*, Dalloz, 2013 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, thèse Bourgogne, 2003 ; L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel - Mythe ou réalité ?*, *Economica* 2004 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s. ; D. Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005.1828 ; Ch. Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *rev. conc. consom.* 1996, n°92, p.7 ; J. Cedras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Lexinter.net*.

¹⁹⁶ Th. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* sous la dir. de Ch Jamin et de D. Mazeaud, *Economica*, 1999, n°16 et s.

¹⁹⁷ Ph. Simler, « Rapport de synthèse », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.75, spéc. p. 82.

¹⁹⁸ J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1994, n°767 et s.

¹⁹⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

²⁰⁰ S. Pellet, « Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure ! », *Essentiel Droit des contrats*, 11 mars 2016, n°3, p. 5.

75. Dès lors, en tant qu'objet de l'obligation, la détermination du prix dans le contrat cadre et dans le contrat de prestation de service poursuit un régime juridique dérogatoire au droit commun. Elle implique une part d'aléa compte tenu de la période séparant le moment de la conclusion du contrat du moment de son exécution et un certain pouvoir arbitraire au créancier quant à la fixation du prix. Ces parts d'aléa et d'arbitraire sont d'ailleurs à rapprocher de l'obligation disjonctive, laquelle comporte ces mêmes phases entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation.

76. En présence de cette modalité de l'obligation, il convient d'observer que le prix sera, dans la plupart des cas, l'une des branches de l'obligation. Sa détermination ou son indétermination se conformera donc aux dispositions du droit commun. Relevons, à cet égard, que la détermination du prix se chevauchera avec l'exercice du choix.

77. Afin de parer, le cas échéant, à l'arbitraire du créancier, l'insertion dans leur relation contractuelle d'une obligation comportant une pluralité d'objets (contenant, par exemple, deux objets de l'obligation : un prix et une autre chose qu'un prix, soumise à l'exigence de détermination ou de « déterminabilité » de droit commun, telle que le transfert d'un bien) se révélerait être opportune. Dans le dessein de protéger le débiteur contre l'arbitraire du créancier, le choix pourrait de cette façon lui être dévolu. Cette proposition aurait pour effet de permettre aux parties de placer *ab initio* un contrepoids à la fixation déraisonnable du prix, et ce sans avoir recours ni à l'un des moyens de sanctionner l'inexécution²⁰¹ et ni à un tiers. Ne sont, cependant, pas concernés les contrats soumis à réglementation spéciale, comme l'est, par exemple, le contrat de vente. La présence d'une obligation facultative serait, dans ce cadre, particulièrement opportune et permettrait au débiteur d'exécuter l'objet subsidiaire au lieu de payer un prix déraisonnable. Par exemple, le débiteur pourrait s'engager à acheter auprès de son fournisseur des produits, dont le prix serait fixé unilatéralement par le vendeur, en se réservant la faculté soit de lui restituer une partie de ceux-ci soit de lui transférer une créance qu'il dispose à l'encontre du client final. Dès lors, l'obligation à pluralité d'objets permettrait, dans ce cadre, de limiter les effets éventuellement néfastes de l'indétermination du prix et de rééquilibrer la relation contractuelle considérée.

²⁰¹ C. civ., art. 1217.

Dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service, la détermination du prix - objet de l'obligation - n'est pas requise au moment de la formation de l'obligation. L'existence et la détermination de la prestation et de l'objet, notions utilisées avant la réforme du 10 février 2016, permettent d'expliquer le sens du terme « certain » du contenu du contrat énoncé à l'article 1128 3° du Code civil. Outre ce critère de certitude, cet article requiert pour la validité du contrat un contenu licite.

Sous-Section 3 : Une licéité du contenu expliquée par une licéité de l'objet

78. La volonté des parties ne saurait être sans limite et ne saurait avoir pour effet de conclure des contrats ayant un contenu illicite. Cette licéité résulte de la combinaison des articles 1102, 1128, 1162 et 1598 du Code civil en vertu desquels il est déduit une exigence de conformité du contrat à l'ordre public. La notion de bonnes mœurs a été écartée par la réforme du droit des contrats du 10 février 2016²⁰², dans la mesure où elle se révèle aujourd'hui désuète. La licéité du contenu du contrat s'explique notamment par la notion d'objet, telle qu'analysée antérieurement à la réforme.

La licéité de l'objet doit d'abord être envisagée au sens du droit commun (§1) avant d'en apprécier sa teneur s'agissant de l'obligation disjonctive (§2).

§ 1 : La licéité du contenu du contrat en droit commun

A la lumière de nos précédents développements relatifs à la notion d'objet²⁰³, la licéité du contenu du contrat doit notamment être appréhendée à travers les différentes acceptions de l'objet. La licéité de la chose concerne, ainsi, tout à la fois la chose objet de l'obligation (A), la prestation (B) et l'objet du contrat (C).

A) La licéité de la chose objet de l'obligation

79. Lorsque l'objet concerne la chose objet de l'obligation, celle-ci doit être dans le commerce juridique aux termes de l'ancien article 1128 du Code civil. Cet article signifie que

²⁰² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

²⁰³ V. supra, n°19 et s.

certaines choses ne peuvent, pour des considérations d'ordre public, de morale, etc., faire l'objet d'une obligation²⁰⁴. Des auteurs constatent que : « *on assiste aujourd'hui, en effet, à une entreprise de refoulement de la catégorie des choses qui sont hors du commerce afin d'affranchir le marché et la science des entraves que celles-ci leur apportent. Assez curieusement, ces pressions sont les plus fortes là où les valeurs en cause sont si élevées qu'elles pouvaient paraître hors de toute atteinte* »²⁰⁵. Les articles 1128 et 1162 du Code civil prévoient cette exigence de licéité de l'objet de l'obligation en énonçant que le contenu du contrat doit être licite.

80. Il convient de préciser que toute chose est en principe dans le commerce juridique. Sans dresser un inventaire à la Prévert²⁰⁶, nous pouvons, de manière concise, reprendre une distinction émanant de Monsieur Loiseau. Celui-ci propose de distinguer les choses hors du commerce en raison de leur nature (les *res communis*²⁰⁷ et les choses dont le commerce est interdit à l'aune de la protection de la santé publique ou de la sécurité des personnes) de celles en raison de leur destination²⁰⁸, telles les choses affectées à une personne, comme le nom, le droit de vote, les biens du domaine public, la vie de la personne humaine, son corps et sa santé (même si des atténuations ont été portées à la législation, si l'intérêt général ou l'intérêt légitime de celui qui y consent, notamment à des fins thérapeutiques, est avéré). L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris la notion de chose hors du commerce et lui a substituée une notion plus large qu'est celle de la licéité de l'objet de l'obligation.

Dès lors, si la chose objet de l'obligation se situe en dehors du commerce juridique, le contrat ne sera pas valablement formé. L'exigence de licéité s'applique également à la prestation.

B) La licéité de la prestation

81. Par application des articles 1102 et 1162 du Code civil, l'engagement du débiteur doit respecter l'ordre public, sous peine de voir l'objet considéré comme illicite et le contrat

²⁰⁴ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.*, n°264 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°240 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 386 ; G. Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000.47 ; I. Moine, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, thèse Bourgogne, LGDJ, coll. « Droit privé », 1997, p. 271.

²⁰⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°274.

²⁰⁶ J. Prévert, *Inventaire*, Paroles, 1946.

²⁰⁷ C. civ., art. 714.

²⁰⁸ G. Loiseau, *op. et loc. cit.*

entaché de nullité. Une personne ne peut pas s'engager à commettre une infraction pénale (telle que commettre un vol) ou plus généralement s'engager à des fins contraires à l'ordre public (comme travailler sans être déclaré auprès des organismes habilités).

82. Ajoutons que l'engagement licite *per se* doit être mesuré par sa durée et par sa quantité afin de ne pas tomber dans l'illicéité, au sens de l'article 1210 du Code civil. Cette prohibition permet de codifier à droit constant les solutions rendues par la jurisprudence. Par interprétation de l'ancien article 1780 du Code civil, la jurisprudence bannissait les engagements perpétuels dans le dessein de préserver la liberté individuelle. Elle avait, à ce titre, instauré la possibilité de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée, sous réserve de respecter un préavis raisonnable²⁰⁹. Aussi, les engagements excessifs tombent sous le coup de la prohibition : par exemple, disproportion entre l'engagement de la caution et ses revenus ou l'absence de limitation de la clause de non-concurrence imposée à un salarié.

La prestation doit être licite afin qu'elle ne soit pas annulée. La licéité s'étend également à l'objet du contrat, au but de celui-ci.

C) La licéité de l'objet ou du but du contrat

83. Outre le contrôle de la licéité de l'objet de l'obligation et de l'objet de la prestation, il a été appliqué cette exigence de licéité à l'objet du contrat, comme l'avait requis une partie de la doctrine²¹⁰. Il est apparu, en effet, que dans certaines hypothèses, la prestation de l'une ou de l'autre des parties était licite mais l'opération globale envisagée par les parties ne l'était pas. L'illustration suivante est donnée par ces auteurs : le transfert de sang et le paiement d'une somme d'argent sont autorisés mais la conjonction des deux est interdite. Même si l'opinion est contestée, force est de constater que le contrat respecte l'ordre public. L'ordonnance du 10 février 2016²¹¹ a, ainsi, prévu à l'article 1162 du Code civil que le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu ni par son but. L'illicéité de l'objet entache le contrat de nullité absolue en raison de la nécessité de protéger l'intérêt général²¹².

²⁰⁹ Ce principe est aujourd'hui repris à l'article 1211 du Code civil.

²¹⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 386 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°265 et 301 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n°157.

²¹¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

²¹² C. civ., art. 1179.

L'exigence de la licéité de l'objet en droit commun s'applique évidemment à l'obligation disjonctive.

§ 2 : La licéité de l'objet en matière d'obligation disjonctive

84. Précisons d'abord que les dispositions afférentes aux obligations disjonctives ne font pas explicitement référence à la licéité de l'objet de l'obligation. C'est pourquoi il convient de se référer au droit commun des obligations et aux développements énoncés ci-dessus.

85. En présence d'une obligation alternative, au moment de l'engagement, il convient de se demander, d'une part, si nous pouvons appliquer l'article 1307-2 du Code civil relatif à l'impossibilité de l'objet en matière d'obligation alternative à l'illicéité de la prestation et d'autre part, si l'illicéité de la prestation affecte l'obligation dans son intégralité ou seulement la branche de l'obligation considérée. L'ancien article 1192 du Code civil disposait que : *« l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation »*. Dans la première hypothèse, l'obligation serait nulle ; alors que dans la seconde, seule la branche illicite de l'obligation serait annulée. Cette interrogation est liée à l'existence de plusieurs objets de l'obligation. Ces deux interrogations et leurs sanctions étant liées, une réponse unique sera apportée.

86. Une partie de la doctrine soutenait implicitement²¹³ ou explicitement²¹⁴ que l'ancien article 1192 du Code civil ne concernait que les cas d'impossibilité de l'objet de l'obligation, à l'exclusion des cas d'illicéité. Elle justifiait sa position, au regard de l'ancien article 1108 du Code civil, par le fait que l'illicéité de la chose ou de la prestation atteignait l'obligation dans sa cause même. Par conséquent, l'illicéité de la prestation voulue par les parties emporterait annulation de l'obligation même, peu importe que l'autre branche de l'obligation soit saine. Toutefois, cette doctrine semble confondre le domaine de la cause et celui de l'objet. Les motivations des parties de conclure le contrat relèvent de l'ancienne théorie de la cause et non de celle de l'objet. De fait, l'annulation tout entière de l'obligation à raison d'un motif illicite ne peut se fonder que sur la notion de cause. Les motivations des parties correspondent au but

²¹³ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd. 1873, p. 475 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cours magistral, Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°464 ; R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3^{ème} éd. 1925, n°10.

²¹⁴ M.-L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. III, art. 1101 à 1386, art. 1192, 1885, p. 332.

du contrat. La notion de contenu du contrat se révèle, ainsi, confuse relativement à la place accordée au but²¹⁵. Le but (i.e. la cause) est-il l'un des composants de la notion de contenu du contrat ? La réponse pourrait être affirmative au regard du titre de la sous-section de l'article 1162 du Code civil consacré au contenu du contrat. Elle peut tout aussi être négative au regard de l'énoncé par cet article des notions de contenu et de but du contrat. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 indique clairement que « *le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause* ». Dès lors, la notion de contenu du contrat inclut les notions d'objet et de cause. Il conviendrait alors de se référer au but du contrat afin d'appréhender l'objet du contrat, à savoir sa finalité.

87. Sous l'égide de Demolombe²¹⁶, la doctrine majoritaire²¹⁷ appliquait l'ancien article 1192 du Code civil au cas de l'illicéité de l'objet. Elle considérait que cet article contenait les cas où la chose serait impossible ou illicite. De fait, si l'une des prestations de l'obligation est illicite, l'obligation ne sera pas atteinte par la nullité, puisque l'autre prestation sera due, à l'instar d'ailleurs de l'impossibilité afférente à un objet de l'obligation²¹⁸. L'obligation sera alors réputée pure et simple²¹⁹. Le caractère *in obligatione* de chacun des objets de l'obligation justifie cette solution. Cette position demeure, de nos jours, en dépit de disposition expresse à ce sujet et d'absence de recul sur les nouvelles dispositions issues de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016²²⁰. Néanmoins, la nullité de droit commun trouverait à s'appliquer si les deux objets de l'obligation venaient à être illicites.

88. L'obligation facultative ne se voit pas appliquer les mêmes dispositions que celles de l'obligation alternative. L'appréciation de l'illicéité de l'objet doit se réaliser sur la prestation principale. Si celle-ci est illicite, l'obligation sera nulle. En revanche, si elle est valable et si

²¹⁵ V. supra n°31 et s.

²¹⁶ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°9 et s.

²¹⁷ J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd. 2013, n°245 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Collin, 9^{ème} éd. 2015, n°322 ; R. Cabrillac, *op. cit.*, n°354 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n°1239 ; M. Durantou, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^{ème} éd. 1844, n°142 ; F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1229 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1049.

²¹⁸ V. infra n°49.

²¹⁹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, 1827, p. 328.

²²⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

l'illicéité de l'objet n'affecte que la prestation subsidiaire, l'obligation demeurera valable. La prestation subsidiaire demeure donc sous la dépendance de la prestation principale. La différence notable avec l'obligation alternative réside dans le fait que les deux objets de l'obligation ne présentent pas un caractère *in obligatione* s'agissant de l'obligation facultative. Seule la prestation principale est due par le débiteur.

89. Dès lors, l'obligation alternative ne serait-elle pas un moyen juridique valable de contourner l'illicéité, voire même l'impossibilité de l'objet, subissant habituellement les foudres de la nullité lorsqu'un seul objet est stipulé ? Nous répondons par l'affirmative, dans la mesure où le contrat est maintenu à raison de la disparition de l'une des branches. Ainsi, les parties peuvent très bien stipuler une obligation alternative et espérer que l'une d'elles ne soit pas déclarée illicite par le juge. Si tel était le cas, leur engagement initial ne s'en trouverait pas atteint, puisque seul l'objet de l'obligation concerné serait affecté par ce vice. Pareil raisonnement peut aussi être pratiqué s'agissant de l'objet subsidiaire de l'obligation facultative, afin que le débiteur tente de se libérer en délivrant une prestation illicite. S'il ne peut pas ou s'il est interdit de le faire, cela ne l'empêchera pas de se libérer de ses obligations en exécutant l'objet principal de l'obligation. Il convient de rappeler que si celui-ci est illicite, l'obligation sera annulable.

90. En revanche, s'agissant de l'objet ou du but du contrat, il apparaît que le contrat ne peut pas échapper à la nullité encourue à raison de la finalité illicite souhaitée, le cas échéant, par les parties, conformément à l'article 1162 du Code civil.

La licéité du contenu ou du but du contrat doit donc être appréhendée différemment selon le sens attribué à la notion d'objet.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'objet de l'obligation, compris depuis l'ordonnance du 10 février 2016²²¹ dans la notion plus vague de contenu du contrat, est un élément essentiel à la notion d'obligation disjonctive. En raison de l'imprécision de la notion de contenu du contrat, le recours aux anciennes dispositions du Code civil relatives à l'objet pour interpréter cette notion nous semble opportun. Les notions d'objets de l'obligation et de la prestation doivent être comprises dans la notion de contenu du contrat. L'objet du contrat doit être, quant à lui, analysé au regard de la notion de but du contrat. La singularité de notre sujet tient à la pluralité d'objets de l'obligation. Cette pluralité ne modifie pas les exigences liées aux caractères de l'objet. Les objets de l'obligation disjonctive se voient appliquer les dispositions du droit commun relatives à leur existence, leur détermination (ou à leur déterminabilité) et à leur licéité. Ces critères doivent être, ainsi, réunis pour chacun des objets de l'obligation plurale. L'absence de l'un de ces critères à un objet de l'obligation alternative n'implique pas la nullité du contrat mais seulement la nullité de l'objet concerné. L'autre ou les autres objets de l'obligation subsiste. Toutefois, cette affirmation doit être mesurée s'agissant de l'obligation facultative : seule l'illicéité de la prestation principale emporte nullité du contrat. La stipulation d'une pluralité d'objets au sein d'une même obligation permet, dès lors, de sauvegarder la relation contractuelle, voire même de contourner les dispositions du droit commun relatives à l'impossibilité ou à l'illicéité de l'objet de l'obligation.

²²¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

Chapitre 2 : Une pluralité de prestations au sein d'une même obligation

91. Il est assez fréquent qu'un même contrat mette à la charge des cocontractants deux ou plusieurs obligations. Aussi, une même obligation peut avoir plusieurs objets ou plusieurs prestations. Nous la qualifions ainsi d'obligation à pluralité d'objets ou d'obligation à objets complexes. Les parties peuvent aménager leurs rapports contractuels par des obligations plurales quant à leur objet, à savoir des obligations cumulatives ou des obligations disjonctives. La modalité affecte alors les aspects quantitatif et qualitatif de l'obligation. L'ordonnance du 10 février 2016²²² a consacré une sous-section²²³ relative à la pluralité d'objets. Ainsi, le Code civil régit désormais l'ensemble des obligations comportant une multitude d'objets.

La pluralité d'objets se rencontre dans les obligations dites cumulatives (appelées également antérieurement à l'ordonnance obligations « conjonctives »), caractérisées par un cumul d'objets de l'obligation, et dans les obligations dites disjonctives, laissant un choix au créancier ou au débiteur quant à l'exécution de l'objet de l'obligation. Dans une première approche, nous apercevons que le choix octroie une certaine liberté à son bénéficiaire en matière d'obligation disjonctive. L'engagement du débiteur est alors de portée différente selon la manière dont les objets multiples sont envisagés par les parties (Section 1). L'obligation à pluralité d'objets se distingue d'une autre modalité de l'obligation plurale : l'obligation à pluralité de sujets avec laquelle elle a, cependant, des caractéristiques communes (Section 2).

²²² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

²²³ Il s'agit de la sous-section 1, de la section 3 (« l'obligation plurale ») du chapitre 1^{er} consacré aux modalités de l'obligation. Ce chapitre s'inscrit dans le titre IV du Code civil afférent au régime général des obligations.

Section 1 : Une différence de portée des objets de l'obligation au sein des obligations plures

Les parties peuvent prévoir au sein d'une même obligation des objets de portée différente à la charge du débiteur. Ce dernier peut être tenu envers le créancier de réaliser soit la totalité des prestations énoncées dans le rapport d'obligation (Sous-Section 1) soit d'une manière alternative ou facultative l'une ou l'autre des prestations (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La réalisation de la totalité des objets de l'obligation

L'obligation donnant lieu au paiement de plusieurs objets (ou de plusieurs prestations) au sein d'une même obligation est une obligation dite cumulative, laquelle se différencie de l'hypothèse où le contrat comporterait plusieurs obligations (§1). Seule l'obligation cumulative constitue la norme des obligations plures (§2).

§ 1 : Une distinction tenue entre le cumul d'objets au sein d'une même obligation et le cumul d'obligations au sein d'un même contrat

92. L'obligation cumulative a été consacrée à l'article 1306 du Code civil²²⁴ issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²²⁵. Les rédacteurs du Code civil de 1804 étaient, quant à eux, restés silencieux au sujet de cette notion. Au sens de cet article, l'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations de telle sorte que le débiteur doive cumulativement toutes les prestations. La conjonction de coordination « et » implique un engagement du débiteur pour l'ensemble des objets de l'obligation. Cette modalité de l'obligation postule que la totalité des objets de l'obligation convenue est due cumulativement par le débiteur. Notons, cependant, que la définition retenue par cette réforme nous semble moins claire que celle proposée par le document de travail de la Chancellerie de 2013. L'article 15 de ce document énonçait que : « *l'obligation est conjonctive lorsque le débiteur doit cumulativement au même créancier plusieurs prestations, en vertu d'une obligation*

²²⁴ C. civ., art. 1306 : « *L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur* ».

²²⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

unique, dont il n'est libéré que si la totalité des prestations est fournie »²²⁶. Ce document de travail insistait sur le fait que le cumul des prestations dues par le débiteur résulte d'une obligation unique, ce que ne fait pas le droit positif.

93. L'obligation cumulative doit alors être rapprochée de l'hypothèse où le contrat lui-même comporterait plusieurs obligations mises à la charge d'une même partie. Par exemple, le contrat de vente astreint le vendeur à délivrer la chose vendue et aussi à garantir l'acquéreur des vices cachés, tel qu'en dispose l'article 1603 du Code civil. Le débiteur est, dans cette hypothèse, astreint à plusieurs obligations uniques. Plusieurs prestations sont alors dues par le débiteur dans ces deux situations et l'exécution de la totalité des obligations est requise afin que le débiteur soit libéré. Ainsi, devons-nous considérer qu'il s'agit d'une obligation cumulative ? La distinction paraît ténue entre les deux et la doctrine n'adopte pas une vision unitaire de la notion d'obligation cumulative.

94. Une partie de la doctrine assimile le fait que le débiteur soit astreint à plusieurs prestations à l'hypothèse où le débiteur doive plusieurs obligations²²⁷. L'autre partie de la doctrine fait clairement la distinction entre ces deux situations²²⁸.

95. Nous considérons que si, du point de vue notionnel, ces deux situations sont proches, elles doivent être distinguées. L'obligation cumulative est une modalité de l'obligation agissant sur le nombre des objets compris dans une même obligation, au contraire du contrat comportant plusieurs obligations. Elle est une obligation unique contenant une multiplicité d'objets de l'obligation ; alors que l'autre hypothèse requiert que le contrat impose au débiteur plusieurs obligations ayant des objets différents²²⁹. En revanche, les obligations plurales issues d'un même contrat doivent être considérées, sauf disposition contraire, comme étant indépendantes les unes des autres. Le contrat est alors réputé complexe au sens où il comporte plusieurs obligations ayant chacune un objet différent.

²²⁶ Art. 15, Document de travail relatif à un avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013.

²²⁷ A. Baydoun, *Les obligations alternatives*, thèse Paris II, 2005, p. 58 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 1^{ère} éd. 2013, n°13 ; P. Maistre du Chambon, *Le régime des obligations civiles*, Presses universitaires de Grenoble, 1^{ère} éd. 1992, p. 83 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°1047.

²²⁸ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2016, n°353 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Collin, 9^{ème} éd. 2015, n°321 ; Y. Buffélan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°232.

²²⁹ A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets : consécration et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

96. Si le débiteur doit, dans les deux cas, exécuter l'ensemble de ses obligations pour se libérer, il n'en demeure pas moins qu'une différence de régime juridique demeure. Au cas de l'obligation cumulative, le créancier serait en droit de refuser du débiteur l'exécution d'un seul objet de l'obligation, puisque « *seule l'exécution de la totalité de celles-ci (prestations) libère le débiteur* », comme l'énonce l'article 1306 du Code civil. En d'autres termes, le créancier peut exiger le paiement simultané des objets de l'obligation, compte tenu du fait que les objets de l'obligation sont réputés indivisibles. De fait, le créancier peut refuser de payer le prix dès lors que son débiteur n'a pas exécuté l'ensemble de ses prestations²³⁰, ce qui pourrait alors permettre à l'acquéreur de faire jouer l'exception d'inexécution. Ce principe constitue, en réalité, l'application des dispositions de droit commun relatives au paiement : « *le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible* »²³¹. En outre, l'indivisibilité des objets de l'obligation implique que la résolution de la vente concerne l'ensemble des objets de l'obligation et ne saurait être partielle. Telle est l'application qui a été faite par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 16 avril 1986²³². En l'espèce, une personne avait vendu trois biens (vente d'une propriété horticole, de matériel attaché à cette exploitation et le fonds de commerce de vente de produits horticoles) à une autre personne en contrepartie d'un prix unique. Au visa de l'ancien article 1220 du Code civil, la Cour de cassation affirme que : « *l'obligation susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible* ». Ainsi, un vendeur ne peut obtenir la résolution partielle de cette vente portant sur trois biens pour un prix global, faute de paiement de l'acquéreur, par application d'une clause résolutoire. Les parties ayant considéré les objets de l'obligation comme indivisibles, le contrat est entièrement soit exécuté soit résolu. En l'espèce, l'absence de paiement d'une partie du prix a entraîné la résolution de la vente dans son intégralité. Lors de l'engagement des parties, le vendeur a souhaité céder et l'acquéreur a accepté d'acquérir l'intégralité des biens et non les biens pris chacun individuellement, et ce pour un prix global. Les parties n'ont entendu conclure qu'un seul contrat de vente comportant une obligation de transférer plusieurs biens en contrepartie du versement d'un prix unique. Dès lors, le vendeur ne saurait être satisfait du paiement partiel, alors qu'il a transféré les trois biens.

²³⁰ Cass. 1^e civ., 19 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n°411, *JCP* 1997.II.22862, note J. Huet ; *Contrats, conc., consom.* 1997, n°45 ; *RTD com.* 1997.498, note B. Bouloc ; *D. aff.* 1997.51.

²³¹ C. civ., art. 1342-4.

²³² Cass. 3^e civ., 16 avr. 1986, *Bull. civ.* III, n°45, *JCP* 1986.IV.172 ; *RTD civ.* 1987.540, obs. J. Mestre.

97. Il est patent que, selon cette jurisprudence, l'obligation cumulative doit être entendue comme étant une obligation à prestation indivisible. Au sens de l'article 1320 du Code civil, l'indivisibilité²³³ peut être définie comme « *une qualité de l'obligation qui commande son exécution pour le tout* »²³⁴. A raison de la stipulation d'une obligation cumulative, les parties ont entendu rendre indivisibles entre eux les objets de l'obligation. Les caractères cumulatifs et indivisibles se confondent, dans cette hypothèse, en présence d'un débiteur et d'un créancier. Dès lors, la réunion de ces deux caractères conduit au même résultat : le paiement partiel des objets de l'obligation n'est pas possible. Il n'existe, ainsi, aucun intérêt pratique à les distinguer. Il en serait tout autrement en présence de plusieurs sujets (débiteurs, créanciers ou une combinaison de plusieurs débiteurs et de plusieurs créanciers).

98. En revanche, ce n'est pas toujours le cas du contrat mettant à la charge du débiteur plusieurs obligations distinctes, sauf stipulation contraire. Par exemple, le vendeur n'est pas astreint à exécuter l'ensemble de ses obligations principales et accessoires au moment de la délivrance du bien. L'obligation de garantir la conformité du bien ou les vices cachés naît au moment de la formation de l'obligation mais s'exécutera, le cas échéant, plus tard. Dès lors, il ne saurait, au moment de l'exécution de l'une de ses obligations, se trouver libéré.

99. Cela étant, il est évident qu'en cas de silence du contrat au sujet de l'existence de plusieurs prestations ou de plusieurs objets au sein d'une même obligation, une interprétation de ces stipulations devra être réalisée. Ainsi, la stipulation d'une obligation cumulative par les parties démontre leurs volontés d'imprimer une unité au contrat, ce qui commande de l'unité dans l'exécution²³⁵. L'intérêt de stipuler une obligation cumulative plutôt que plusieurs obligations dans le rapport contractuel des parties se mesure alors à l'aune de l'exécution des objets ou des obligations. La différence entre celles-ci pourrait aussi résider dans la contrepartie fournie par l'autre partie. Si la contrepartie est unique (un prix global, par exemple), la qualification d'obligation cumulative paraîtra l'emporter. En revanche, si l'engagement d'exécuter plusieurs prestations consiste à traiter pour chaque prestation sa contrepartie en valeur, plusieurs obligations existeront et la qualification d'obligation cumulative sera rejetée. Nous pensons notamment à un contrat de prestation de service détaillant pour chaque prestation la contrepartie monétaire que devra fournir le bénéficiaire de

²³³ Nous retrouverons cette notion lors de l'étude de l'objet de l'obligation disjonctive. V. infra n°248 et s.

²³⁴ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2005, n°188.

²³⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°56.

la prestation de service. L'appréciation de cette contrepartie ne saurait évidemment être qu'un indice parmi d'autres aux fins de distinction de ces deux notions.

100. En somme, une différence de degré doit être opérée entre ces deux hypothèses en prenant comme viseur d'abord le contrat, puis l'obligation et ensuite l'objet de l'obligation. Si la pratique et une partie de la doctrine ne semblent pas toujours faire la différence, il est vrai que l'intérêt de distinguer le contrat complexe de l'obligation cumulative demeure limité. L'obligation cumulative et la pluralité d'obligations nécessitent toutes deux l'exécution intégrale des objets ou des obligations afin d'emporter la libération du débiteur.

Afin de revêtir la qualification d'obligation cumulative, le débiteur doit être engagé à exécuter plusieurs objets en vertu d'une même obligation. Seule l'obligation cumulative constitue donc une modalité de l'obligation. Elle constitue la norme des obligations plures, dès lors que les parties n'ont rien prévu dans leur contrat.

§ 2 : L'obligation cumulative, la norme des obligations plures

101. À défaut de convention contraire, la stipulation de plusieurs objets à l'encontre d'un débiteur l'oblige à devoir les assumer tous. Celui-ci doit se comporter comme s'il était débiteur d'une obligation composée d'un seul objet mais en exécutant l'ensemble des objets. L'obligation cumulative constitue la norme des obligations plures, ce qui explique, au demeurant, que l'ordonnance du 10 février 2016 l'a placée au commencement des dispositions du Code civil relatives aux obligations à pluralité d'objets.

102. Ainsi, en cas d'inexécution d'un objet de l'obligation, le débiteur sera défaillant. C'est pourquoi des contractants tentent parfois d'échapper à l'exécution intégrale d'une obligation cumulative en invoquant l'existence d'une obligation disjonctive et en particulier l'existence d'une obligation alternative. Tel a été le cas, par exemple, dans un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 28 mai 1979²³⁶. En l'espèce, conformément à un compromis de vente, un potentiel acquéreur avait versé une indemnité d'immobilisation à l'agent immobilier intervenu dans la mise en relation avec le vendeur, laquelle indemnité devait être placée sur un compte séquestre. A la suite de l'annulation du compromis de vente et la liquidation

²³⁶ T. com. Paris, 28 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, n°2, p. 291.

judiciaire de son agent immobilier, le potentiel acquéreur a cherché à obtenir le remboursement de l'indemnité d'immobilisation qu'il avait versée. Il s'adresse alors à la caution de cet agent immobilier, laquelle garantit les obligations de ce dernier, conformément à la loi Hoguet du 2 janvier 1970 et au décret du 20 juillet 1972. La caution refuse de rembourser cette somme à l'acquéreur considérant qu'elle avait dûment manifesté la rupture de son contrat de cautionnement et que la demande de l'acquéreur était forclose. Celle-ci aurait dû se manifester dans un délai de trois mois débutant à compter de la parution dans un journal d'annonces légales de la fin du contrat de cautionnement. Elle considérait, en outre, que l'article 45 alinéa 1^{er} du décret du 20 juillet 1972 comportait à sa charge une obligation alternative aux termes de laquelle elle devait soit informer individuellement les personnes ayant fait des versements à l'agent immobilier, soit émettre un avis dans un journal d'annonces légales. La caution avait pour sa part effectué la seconde alternative. Toutefois, telle n'a pas été la position des juges consulaires considérant que la manifestation de la rupture du cautionnement par la caution impliquait la réalisation cumulative des deux formalités. L'expression « en outre » permettait de considérer que l'obligation de la caution était conjonctive. En cas de doute sur la qualification relative à la pluralité d'objets, le contrat sera interprété selon la volonté des parties et ensuite selon le sens littéral des termes²³⁷. Les conjonctions de coordination « ou » et « et » permettront notamment de distinguer l'obligation cumulative et l'obligation alternative.

La stipulation d'une obligation cumulative oblige donc le débiteur à accomplir l'ensemble des prestations afin d'être libéré. Le débiteur ne bénéficie, ainsi, d'aucune flexibilité dans le choix d'exécuter l'une d'entre elles, puisqu'il doit toutes les exécuter. En revanche, une telle flexibilité existe dans l'obligation alternative et dans l'obligation facultative. Un choix, quant à l'objet de l'obligation à exécuter par le débiteur est, en effet, conféré à l'une des parties, si bien que le débiteur s'engage à accomplir vis-à-vis du créancier telle ou telle prestation et non l'ensemble des prestations.

²³⁷ C. civ., art. 1188.

Sous-Section 2 : Une pluralité de prestations alternatives ou facultatives

Le débiteur peut bénéficier d'un choix concernant l'exécution de l'un des objets de son obligation, si les parties l'ont convenu. Dans ce cas, l'obligation est alors dénommée disjonctive, car l'objet de l'obligation peut donner lieu à un choix. La stipulation d'une telle liberté entre les prestations confère à l'obligation disjonctive tout son intérêt. Les obligations disjonctives peuvent octroyer aux parties soit une alternative (§1) soit une faculté entre deux ou plusieurs prestations (§2). Les parties prévoient alors dans leur rapport d'obligation une modalité de l'obligation.

§ 1 : Une alternative entre des prestations

103. L'obligation alternative est régie par les articles 1307 à 1307-5 du Code civil. L'article 1307 du Code civil dispose que : « *l'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur* ». L'obligation est dite alternative, lorsque le débiteur est astreint à deux ou plusieurs prestations mais qu'il ne doit exécuter que l'une ou l'autre. En d'autres termes, les objets de l'obligation sont in obligatione, c'est-à-dire compris dans l'objet de l'obligation, mais une seule est in solutione, c'est-à-dire due en paiement²³⁸.

La définition de l'obligation alternative requiert que nous envisagions l'alternative caractérisant cette modalité de l'obligation (A) avant d'analyser le caractère *in obligatione* des deux objets de l'obligation (B).

A) Le caractère alternatif des prestations : une altérité de prestations requise

104. A l'instar des autres modalités de l'obligation, le caractère alternatif de l'obligation doit être explicitement prévu par les parties. À défaut, « *l'obligation doit être regardée comme conjonctive*²³⁹, car tel est le droit commun pour les obligations qui comportent plusieurs objets »²⁴⁰. En d'autres termes, l'alternative ne se présume pas.

²³⁸ J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd. 2013, n°244.

²³⁹ L'obligation conjonctive est dénommée « obligation cumulative » depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Pour plus de développements : V. infra n°92 et s.

²⁴⁰ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collab. de G. Lagarde, 2^{ème} éd., n°800.

Elle doit être clairement envisagée par les parties afin qu'elle puisse s'appliquer. La modalité alternative de l'obligation suppose un choix entre deux prestations différentes (1) au sein desquelles les prestations monétaires doivent être analysées d'une manière particulière (2).

1) Un choix entre deux prestations différentes

105. Le terme « alternatif ou alternative » suggère un choix entre deux solutions. Au cas de l'obligation alternative, l'article 1307 du Code civil nous indique que l'alternative porte sur plusieurs prestations. Afin que cette pluralité existe, les prestations doivent être différentes au sens où le débiteur est engagé à accomplir plusieurs prestations. L'ancien article 1189 du Code civil précisait que l'alternative porte sur « *l'une des choses qui étaient comprises dans l'obligation* ». « *Pour qu'une obligation soit alternative, il faut que deux ou plusieurs choses aient été promises sous une particule disjonctive* », énonçait Pothier²⁴¹. Ainsi, l'alternative porte sur l'objet de l'obligation. Sans revenir en détail sur nos développements relatifs à la notion d'objet²⁴², il convient seulement de rappeler que c'est l'objet de l'obligation qui doit être entendu au sens de cet article, à savoir l'engagement pris par le débiteur de fournir telle ou telle prestation²⁴³. De même, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016²⁴⁴ a remplacé le terme « chose » de l'ancien article 1189 du Code civil par celui de « prestation ». Cet article se plaçait à un point de vue beaucoup trop étroit, lorsqu'il évoquait la délivrance de l'une des deux choses²⁴⁵. L'alternative offerte au titulaire du choix peut, en effet, concerner une autre prestation que celle de la délivrance d'une chose : une prestation de service, par exemple. Il peut également s'agir d'une prestation de même nature mais dont l'objet de la prestation est différent (livraison d'une voiture ou d'une autre, par exemple). Le terme « prestation » permet de désigner l'objet de l'obligation du débiteur. Cette réforme a donc clarifié la définition de l'obligation alternative en substituant de manière opportune le mot « chose » par celui de « prestation »²⁴⁶.

106. Si l'obligation alternative se rencontre davantage en présence de deux prestations, cette dualité d'objets de l'obligation n'est pas exclusive. L'article 1307 du Code civil dispose

²⁴¹ R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°246.

²⁴² V. supra n°19 et s.

²⁴³ V. supra n°61.

²⁴⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

²⁴⁵ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd. 1873, p. 473.

²⁴⁶ V. supra n°61.

que l'alternative peut porter sur « plusieurs prestations ». Ainsi, si la présence de deux prestations au sein de l'obligation alternative est plus usuelle, la possibilité de prévoir plus de deux prestations existe. L'ancien article 1196 du Code civil permettait clairement cette possibilité. Un exemple d'une obligation alternative à trois branches nous est fourni dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 février 1975²⁴⁷. En l'espèce, un salarié a exercé pendant treize ans des fonctions syndicales permanentes au sein d'une entreprise. Il était prévu, aux termes de la convention collective applicable à cette entreprise, que ce salarié pouvait à l'expiration de son mandat syndical solliciter le syndicat patronal afin de lui demander (i) soit sa réintégration dans l'entreprise dans son dernier emploi ou à un emploi similaire avec maintien de son ancienneté au jour de son départ au syndicat, (ii) soit son reclassement dans le cadre local si son retour dans l'entreprise ne pouvait avoir lieu, (iii) soit le versement d'une indemnité pécuniaire correspondant au coût d'un licenciement calculée à partir de son départ de l'entreprise. Ainsi, même si elles sont méconnues, les obligations à plus de deux objets existent et doivent être appréhendées comme des obligations comportant deux objets.

Les obligations alternatives offrent donc un choix à l'une des parties entre deux ou plusieurs prestations différentes. A l'instar du droit commun, elles n'échappent pas à la situation particulière engendrée en présence de prestations monétaires.

2) Le cas particulier des prestations monétaires

Il est parfois prévu par les parties des options entre plusieurs prestations monétaires²⁴⁸ afin de protéger le créancier contre les risques de variation monétaire. Il s'agit, ainsi, de savoir si les prestations monétaires peuvent être réputées comme distinctes au sens de la notion d'obligation alternative. A l'instar de ce que propose Madame Bruneau²⁴⁹, deux situations sont à distinguer : soit le choix porte entre des monnaies de pays différents soit entre les procédés de calculs de la somme. Nous apercevons que l'option de change ne peut être qualifiée d'obligation alternative (a), alors que le choix entre des procédés de calculs d'une somme due qualifie l'obligation d'obligation alternative (b).

²⁴⁷ Cass. soc., 12 févr. 1975, *Bull. civ.* V, n°67. Pour les besoins de l'illustration d'une obligation alternative à trois branches, seuls les faits de cet arrêt sont exposés.

²⁴⁸ Nous ne reviendrons pas sur la détermination du prix en matière d'obligation disjonctive, faute de disposition supplémentaire au droit commun. V. supra n°70 et s.

²⁴⁹ Ch. Bruneau, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, Essai de détermination de l'objet*, thèse Paris 2, 1984, n°166 et s.

a) L'absence de qualification de l'option de change en obligation alternative

107. La doctrine s'est divisée sur le point de savoir si le choix de paiement entre des monnaies de pays différents (euros, dollars, roupies, etc.) appelé « option de change », devait revêtir la qualification d'obligation alternative ou celle de simple modalité de paiement. Comme le relève Madame Bruneau, cette question s'est posée au début du XX^{ème} siècle face à l'émission par des sociétés de dimension internationale d'emprunts obligataires remboursables dans plusieurs monnaies²⁵⁰.

108. Une partie de la doctrine²⁵¹ considère que l'objet de l'obligation (la prestation monétaire) est unique mais que des modalités de paiement différentes existent. Elle considère que l'obligation portant sur une somme d'argent dont le calcul diffère selon le pays est unique. Le débiteur de l'obligation ne s'est, en effet, pas engagé à payer deux choses, deux prestations monétaires, mais une seule, selon des monnaies de paiement différentes. En outre, partisan de cette doctrine, Hubert considèrerait qu'une seule monnaie du contrat existait : l'or.

109. En revanche, l'autre partie de la doctrine²⁵² considère que l'option de change est bien constitutive d'une obligation alternative au regard de la pluralité de monnaies stipulée *in obligatione* par les parties. Au moment de la conclusion du contrat d'émission des obligations, les parties conviennent que le montant de l'engagement pour la société de rembourser le capital et les intérêts de l'emprunt obligataire peut varier entre le moment de l'émission des obligations et le moment du remboursement. Dès lors, en fonction de la monnaie de paiement choisie, au moment de l'exécution, la prestation due par la société émettrice pourra être d'une valeur différente en fonction du cours de la monnaie du pays considéré. C'est d'ailleurs dans cette dernière situation que Madame Gebler²⁵³ perçoit une obligation alternative, puisque les deux objets de l'obligation sont distincts et offrent un choix à l'une des parties. En revanche, elle rejette la qualification d'obligation alternative en cas de similitude de valeur de la monnaie au jour du contrat et au jour du paiement.

²⁵⁰ Le débat portait davantage sur l'identité du titulaire de l'option. Toutefois, la résolution de cette interrogation passait nécessairement par la qualification à retenir de l'option de change. À propos du débat relatif au titulaire de l'option, V. infra n°187 et s.

²⁵¹ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II *Obligations – Contrats – Responsabilité, Droits réels, Biens-Propriété*, LGDJ, 1957, n°1306 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n°56 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1050.

²⁵² Ch. Bruneau, *op. cit.*, n°171 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1239 ; M. Mignot, J.-Cl. civ., art. 1189 à 1196, 2016, n°29 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2014, n°191 ; P. Maistre du Chambon, *op. cit.*, p. 83.

²⁵³ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

110. Quant à la jurisprudence, elle a également été particulièrement abondante sur cette question en prenant position en faveur de la qualification d'obligation alternative. Dans son arrêt de la chambre des Requêtes du 17 juillet 1929²⁵⁴, la Cour de cassation a été saisie principalement sur le point de savoir si le choix lié au remboursement d'obligations émises par une banque en francs ou en pesos appartenait au débiteur (i.e. la société) ou au créancier (i.e. les obligataires). La Cour de cassation devait au préalable analyser la nature de l'obligation de la société avant de s'intéresser au titulaire de l'option. Elle a notamment²⁵⁵ affirmé que : « *en admettant par hypothèse que l'obligation contractée par le Banco el Hogar fût une obligation alternative (...)* ». Il ressort de ce premier attendu de la Cour de cassation qu'elle ne tranche pas la qualification de l'obligation de l'émetteur des obligations. Elle ne fait qu'émettre une hypothèse. Son rapporteur avait d'ailleurs suggéré à la Cour de cassation de ne pas qualifier cette obligation d'obligation alternative en raison de l'existence d'un objet unique, d'où certainement la prudence observée par cette dernière. Un arrêt postérieur a d'ailleurs bien pris soin de ne pas faire référence à l'obligation alternative mais d'évoquer l'appellation générique d'option de change²⁵⁶.

111. Pareillement, nous avons une illustration de l'option de change en matière de convention de crédit multidevises²⁵⁷ (euros, dollars, sterling, etc.) comportant un crédit à terme et une ouverture de crédit réutilisable. L'emprunteur bénéficie dans ce type de convention de la possibilité lors d'un avis de tirage de choisir la devise applicable au prêt mis à sa disposition par un établissement de crédit. Il peut également être procédé à un changement de devise au cours de l'exécution de la convention en avisant, dans les délais et formes énoncés dans la convention, le prêteur. L'obligation de mise à disposition du prêt à la charge du prêteur ne saurait être qualifiée d'obligation alternative, dans la mesure où ce dernier s'est engagé à prêter une même somme exprimable en différentes devises. La rédaction de l'article 6.3 de ladite convention corrobore cette affirmation : « *si la devise pour la seconde Période d'Intérêts est une Devise Optionnelle, le montant de l'Avance sera la contre-valeur en Devise Optionnelle de son Montant en Devise de Référence, calculée par l'Agent au Taux de Change de l'Agent en Vigueur à l'Heure Prévüe* »²⁵⁸. L'agent,

²⁵⁴ Req., 17 juill., 1929, *DP* 1929.1.143, rapport Bricout ; *S.* 1930.1.80.

²⁵⁵ Cet arrêt s'intéresse également à la détermination du titulaire du choix : V. infra n°190 et s.

²⁵⁶ Cass. civ., 3 juin 1930, *DH* 1930.361 ; *DP* 1931.I.3, concl. P. Matter.

²⁵⁷ V. notamment, Loan Market Association (LMA), « Convention d'ouverture de crédit multidevises comportant un crédit à terme et une ouverture de crédit réutilisable », spéc. art. 6.

²⁵⁸ Les termes exprimés en majuscules ont le sens qui leur est donné dans la convention de crédit multidevises.

représentant plusieurs prêteurs, aura pour mission de procéder au calcul afin que le montant de l'avance consenti par ceux-ci soit identique à celui exprimé dans la devise initiale. Le mécanisme institué par le modèle LMA postule la même prestation, à savoir consentir le prêt d'une somme d'argent déterminée. Dès lors, le choix entre plusieurs devises dans ce type de convention de crédit ne saurait révéler l'existence d'une obligation alternative.

112. Plus généralement, nous pouvons remarquer que les modalités de paiement doivent bien être différenciées de l'objet de l'obligation (soit la prestation due). La pluralité de modalités de paiement ne donne point naissance à une obligation alternative, alors que tel est le cas de la pluralité alternative d'objets de l'obligation.

113. En réalité, la réponse à la qualification ou non d'option de change en obligation alternative semble se trouver dans la définition même de l'obligation alternative et de l'appréciation de ses objets. L'équivalence subjective²⁵⁹ requise de la dualité (au minimum) des prestations s'apprécie, en effet, au moment de l'engagement des parties. Or, c'est à ce moment qu'il convient de savoir ce à quoi le débiteur s'est engagé. Précisément, il s'est engagé à payer à une échéance déterminée une prestation monétaire, laquelle peut être payée, principalement au choix du créancier, en différentes monnaies. Contrairement à ce que soutiennent Mesdames Gebler²⁶⁰ et Bruneau²⁶¹, l'obligation résultant de l'option de change n'est pas caractérisée, lors de sa naissance, par une pluralité d'objets mais par un objet unique (celui de payer une somme d'argent définie). Elles ajoutent que si la parité entre les monnaies de paiement considérées n'existe plus au moment du paiement, alors les prestations monétaires sont bien différentes emportant qualification en obligation alternative. Néanmoins, il nous semble que le débat ne doit pas être déplacé sur le terrain de l'exécution. Si l'équivalence entre les deux monnaies a changé entre le moment de la conclusion du contrat et son paiement, ce sont les règles relatives à l'exécution qui doivent s'appliquer. La réponse à cette qualification doit se trouver au moment de l'engagement des parties et non postérieurement. Au moment de l'engagement, si une seule prestation monétaire existe, l'obligation sera alors une obligation pure et simple pouvant être payée dans des monnaies différentes. Un seul objet de l'obligation est dû par le débiteur. En l'espèce, tel est le cas : le débiteur s'est engagé à payer à une échéance déterminée une certaine prestation monétaire.

²⁵⁹ V. infra n°120 et s.

²⁶⁰ M.-J. Gebler, *op. cit.*, p.14

²⁶¹ Ch. Bruneau, *op. cit.*, n°171.

Au cas de l'emprunt obligataire, la société s'est engagée à rembourser le montant des obligations émises, et ce quelle que soit la monnaie de paiement. De même, lorsqu'un établissement de crédit s'engage à prêter une somme déterminée, il attend à être remboursé de cette somme augmentée des intérêts. Le choix de l'emprunteur ne porte que sur la devise dans laquelle sera consenti le prêt. Il n'existe qu'un objet de l'obligation. Dès lors, l'option de change ne saurait être qualifiée d'obligation alternative mais de modalité de paiement.

114. Pareille solution doit être appliquée aux options dites de place, lesquelles ont pour objet de laisser le choix du lieu de paiement à l'une des parties. Même s'il est vrai que leur qualification n'a donné lieu à un débat ni doctrinal ni jurisprudentiel, les options de place ont souvent été envisagées à côté des options de change compte tenu du contexte dans lesquelles elles s'inscrivaient, à savoir un emprunt obligataire international. Il ressort, en effet, que le lieu de paiement, indépendamment de la monnaie applicable, n'emporte aucune conséquence sur la valeur et sur l'objet de l'obligation du débiteur. Cet objet demeure unique. Ces options sont également des modalités d'exécution de l'obligation principale²⁶².

115. En revanche, la pratique des contrats de financement d'opération d'acquisition à effet de levier (opération de *Leverage Buy Out* appelée « LBO ») a construit des contrats PIK (*Payment in Kind*). Ces contrats sont définis comme des contrats de prêts subordonnés dont les intérêts sont capitalisés et non mis en paiement à la fin de chaque période d'intérêts. Dans ce type de contrat, un choix est offert à l'emprunteur, pendant les premières années du prêt (*PIK Toggle*) et à l'issue de chaque période d'intérêts : il a le droit entre le paiement des intérêts en numéraire aux échéances convenues ou leur capitalisation soit directement soit sous forme d'émission de nouveaux titres en capital²⁶³. Ce type de clause n'a pas été qualifié par la doctrine mais est utilisé par les praticiens dans les opérations d'acquisition de sociétés à effet de levier. Or, l'obligation de l'emprunteur doit être qualifiée d'obligation alternative. Celui-ci s'engage, au moment de la conclusion du contrat de financement, à deux prestations qui consistent certes dans le paiement d'une somme d'argent mais dont le *quantum* ne sera pas le même. L'emprunteur doit soit payer les intérêts résultant du prêt à l'échéance convenue (hypothèse classique) soit demander leur capitalisation. Dans la première alternative, les

²⁶² Pour des illustrations de décisions de justice relatives à des options de place, V. notamment : Cass. civ., 21 déc. 1932, deux arrêts, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 262 ; Cass. civ., 5 juin 1934, *DH* 1934.394.

²⁶³ L. Assaya, « Récents développements en matière de financement des opérations de LBO aux Etats-Unis et en Europe », *RD bancaire et fin.* mars 2008, n°2, dossier 14 ; J. Stoufflet, « Commentaires de diverses clauses insérées dans les contrats de financement d'opérations de LBO », *RD bancaire et fin.* mars 2008, n°2, dossier 15.

intérêts sont payés à échéance régulière, comme ce peut être le cas d'un prêt à la consommation. Choisir la seconde alternative implique une hausse du coût final du prêt, dans la mesure où la somme capitalisée produira elle-même des intérêts, en vertu de l'article 1154 du Code civil. La capitalisation implique, en effet, que les intérêts ne sont pas payés périodiquement au prêteur mais transformés en capital. La somme initiale empruntée et les intérêts capitalisés produisent à leur tour des intérêts, jusqu'au remboursement final de l'emprunt. Cette règle de l'anatocisme emporte alors une augmentation du coût final du crédit, puisque les intérêts échus s'ajoutent, au cours de l'exécution du contrat de prêt, au capital initial emprunté. Cette somme produira alors intérêts. De fait, l'emprunteur s'engage bien, au moment de la conclusion du contrat de prêt, à deux prestations monétaires différentes. Nous pouvons, au demeurant, relever que la stipulation d'une telle obligation alternative permet de remplir l'une des exigences posées²⁶⁴ par l'article 1154 du Code civil : l'existence d'une convention spéciale afin que la capitalisation puisse s'appliquer. Ces contrats PIK utilisent la plasticité des obligations alternatives afin de permettre à l'emprunteur de bénéficier de flexibilité en période de forte liquidité du marché.

Les prestations monétaires doivent donc être distinguées des modalités de paiement afin de pouvoir être qualifiées d'obligation alternative. Cette qualification est subordonnée à l'existence d'un choix entre au minimum deux objets de l'obligation. Quid de l'option laissée à l'une des parties entre divers procédés de calcul de la somme due ?

b) La qualification en obligation alternative du choix entre différents procédés de calculs

116. Comme l'énonce Madame Bruneau, « *le créancier à terme d'une somme d'argent, qui désire se protéger contre la dépréciation monétaire, peut prévoir plusieurs modes de calculs de la dette, entre lesquels il choisira lors du paiement. On ne connaît pas initialement le montant exact de la somme que devra verser le débiteur à l'échéance ; le prix n'est cependant pas indéterminé, car les contractants ont fixé les procédés qui permettront de le calculer* »²⁶⁵.

117. Ainsi, les parties peuvent convenir qu'une obligation de somme d'argent donne à l'une d'elles, et notamment au créancier, une option entre deux procédés de calcul de la somme due. Cette obligation doit-elle être qualifiée d'obligation alternative ? La jurisprudence a, par

²⁶⁴ Précisons que la seconde exigence requiert que les intérêts soient dus au moins pour une année entière.

²⁶⁵ Ch. Bruneau, *op. cit.*, n°173.

exemple, pu s'intéresser à la stipulation d'une variation d'une rente viagère dépendant d'un indice conventionnel ou de majorations légales. Dans un arrêt du 3 juin 1966²⁶⁶, un immeuble a été vendu en contrepartie du versement d'une rente viagère affectée d'une clause d'échelle mobile. Quelques temps plus tard, les parties conviennent de l'augmentation de la rente de 100 % avec la possibilité toutefois pour la crédièntière de demander le bénéfice de la clause d'échelle mobile. Par deux commandements postérieurs, la crédièntière demande au débirentier le versement des majorations prévues par la loi et renouvelle sa réserve quant au bénéfice de la clause d'échelle mobile. La Cour d'appel de Nîmes refuse à la crédièntière la faculté de demander le bénéfice des majorations légales et annule les commandements de payer envoyés par la crédièntière. Dès lors, le calcul de l'arrérage de la rente qui était laissé à la crédièntière de demander soit l'application de la clause d'échelle mobile soit l'application de majorations légales était-il constitutif d'une obligation alternative ? La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel en estimant que la Cour d'appel a méconnu le choix fait par la crédièntière de bénéficier des majorations légales et le caractère définitif du choix opéré. Elle considère que la revalorisation d'une rente viagère, selon un indice conventionnel ou selon un indice légal, est constitutive d'une obligation alternative au bénéfice du créancier²⁶⁷. Au moment de la signature de l'acte de vente, tel que modifié par des avenants postérieurs, les parties ont, en effet, convenu que le créancier pourrait à sa convenance opter soit pour la revalorisation légale soit pour la revalorisation conventionnelle de la rente viagère versée périodiquement. Ainsi, les deux branches de l'obligation comportent une prestation monétaire mais l'objet de chacune d'elles n'est pas déterminé et se révèle différent. Ainsi, le débiteur s'engage alternativement à réaliser deux prestations monétaires de montants différents et non une seule. Le prix de la rente étant en l'espèce déterminable, l'exercice du choix par le créancier aura pour effet de déterminer l'une ou l'autre branche. De fait, l'indexation conventionnelle ou légale de la rente n'aboutira pas *in fine* au même montant. La coexistence de prestations monétaires du débiteur emporte, ainsi, qualification en obligation alternative.

118. Par ailleurs, dans le cadre d'une cession de droits sociaux, un complément de prix, appelé encore « *earn out* »²⁶⁸, est souvent stipulé afin de prendre en compte les performances futures de l'entreprise et de déterminer une valeur réelle d'entreprise. Une obligation

²⁶⁶ Cass. 1^o civ., 3 juin 1966, *Bull. civ.*, n^o329 ; *RTD civ.* 1967.384, note J. Chevalier.

²⁶⁷ J. François, *op. cit.*, n^o244 ; R. Cabrillac, *op. cit.*, n^o354.

²⁶⁸ Au sujet de ces conventions de *earn out*, V. notamment : F.-D. Poitral, « Cessions d'entreprises : les conventions de *earn out* », *JCP éd. N* n^o14, 9 avr. 1999, p. 594.

alternative pourrait être prévue dans le cadre du calcul du complément du prix. Le cessionnaire pourrait s'engager à verser au cédant un complément de prix pendant une période déterminée, dont le *quantum* pourra être fixé en fonction d'un choix relatif à la méthode d'évaluation de la société. Un choix entre le recours à une méthode patrimoniale de l'entreprise (par exemple, basée sur l'actif net comptable corrigé) ou une méthode de rentabilité (celle de l'excédent brut d'exploitation corrigé moyen, par exemple) pourrait être stipulé dans le contrat d'acquisition. Celui-ci pourrait laisser le choix de la méthode, à la suite des audits et avant la connaissance des résultats financiers de la société dont les titres sont cédés, à l'une des parties. Eu égard au contexte dans lequel s'intègre le complément de prix (il est généralement demandé par le cessionnaire), ce choix pourrait être laissé au cédant (i.e. au créancier du prix). La stipulation d'un tel choix requiert, d'un point de vue pratique, que la cession des titres sociaux soit accompagnée d'une période de collaboration, pendant laquelle le cédant conserve des fonctions managériales au sein de la société, afin qu'il suive la gestion de celle-ci et donc les résultats de cette dernière. L'existence de plusieurs modes de calculs du prix fondé sur des données différentes implique l'existence de plusieurs prestations monétaires au sein de l'obligation du cessionnaire de payer le prix.

119. L'obligation alternative suppose donc une altérité entre les différents objets de l'obligation, et ce au moment de l'engagement des parties. Cette altérité réside soit dans la nature de l'objet de l'obligation ou de la prestation (réalisation d'une prestation monétaire, livraison d'un bien, accomplissement d'une prestation de service, etc.) soit dans la valeur de cet objet (à travers différents procédés de calcul). Lors de la formation de l'obligation disjonctive, le débiteur doit s'engager à au moins deux objets de l'obligation différents. L'altérité des prestations permet de distinguer l'obligation alternative d'une simple modalité de paiement, laquelle se fonde sur un seul objet ou une seule prestation. Le débiteur n'est engagé qu'à une seule prestation, au moment de l'engagement. A défaut de différence entre les objets de l'obligation disjonctive, aucune alternative n'est offerte au titulaire du choix. L'obligation ne saurait, dans cette hypothèse, être qualifiée d'obligation disjonctive.

Outre une altérité entre les objets de l'obligation, ceux-ci doivent être également *in obligatione*, afin que l'obligation puisse être qualifiée d'obligation alternative.

B) Deux objets de l'obligation *in obligatione*

L'obligation alternative suppose que le débiteur soit tenu à plusieurs prestations différentes au sein d'une seule et même obligation. Celles-ci doivent être considérées par les parties, lors de la conclusion de leur rapport d'obligation, comme équivalentes ou fongibles (1). Cependant, une seule prestation doit être exécutée par le débiteur pour être libéré de son obligation. Au moment de l'engagement, toutes les prestations sont dues et sont réputées *in obligatione* mais aucune d'entre elles n'est individualisée (2).

1) L'équivalence ou la fongibilité des prestations

120. Les prestations objets de l'obligation sont considérées par les parties comme équivalentes. Elles sont dues au même degré, à savoir sans l'existence d'un ordre de priorité ou de niveau entre elles. Les prestations sont sur le même plan « *dans une parfaite réciprocité de lien* », évoquait Demolombe²⁶⁹.

121. Même si elles ont une valeur différente, les prestations objets de l'obligation doivent être considérées par les parties comme équivalentes. Cette équivalence est, au cas de l'obligation alternative, appréciée subjectivement par les parties à travers le principe de la liberté contractuelle. Comme l'indiquent des auteurs, « *si les deux prestations alternatives sont inégales – ce qui relève de la liberté contractuelle (ou testamentaire) – elles n'en sont pas moins réputées juridiquement équivalentes, le créancier étant censé pareillement satisfait par l'exécution de l'une ou de l'autre* »²⁷⁰. L'équivalence objective des prestations n'est nullement requise en matière d'obligation alternative. Les parties considèrent les prestations comme fongibles²⁷¹ au sens où le créancier sera satisfait indifféremment par l'accomplissement de l'une ou de l'autre prestation. La volonté des parties permet, en effet, de considérer des prestations comme fongibles même si celles-ci ne le sont pas par nature²⁷². Elle fait prévaloir la valeur ou l'utilité d'un bien sur sa qualité. La fongibilité n'est pas au cas de l'obligation alternative *naturaliter* mais *commercialiter*. De fait, les parties ont pu considérer des prestations équivalentes subjectivement, lesquelles ne le sont pas forcément

²⁶⁹ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1877, p. 9.

²⁷⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1239.

²⁷¹ Pour plus de développements sur la notion de fongibilité, V. notamment : P.-Gr. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, thèse Paris I, LGDJ, 2004 ; A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995.307.

²⁷² F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, LGDJ, 1957, n°25 et s, spéc. n°31.

objectivement : le transport par air ou par route de marchandises²⁷³, la donation d'une somme d'argent ou de titres sociaux²⁷⁴, la remise à l'état primitif de locaux loués ou le dédommagement du bailleur²⁷⁵, etc. Cette équivalence des prestations participe de la flexibilité de cette modalité de l'obligation et de la liberté contractuelle clamée par les praticiens.

122. Pareillement, dans les cas où l'obligation alternative est d'origine légale, le législateur considère de la même façon certaines « choses » comme équivalentes. L'article 1681 du Code civil en est une illustration²⁷⁶.

En somme, dans les situations où l'obligation alternative est prévue par les parties ou le législateur, les deux branches de l'obligation sont réputées fongibles mais aucune de ces branches n'est due précisément au moment de l'engagement.

2) L'absence d'individualisation de la prestation au moment de l'engagement

123. Toutes les prestations objet de l'obligation sont dues alternativement, et ce sans que l'une d'entre elles ne soit due en particulier. L'obligation a alors pour objet une prestation indéterminée quant à son individualité, une alternative. Aucune des prestations n'est due précisément : l'objet de l'obligation alternative est une prestation incertaine et non encore déterminé entre plusieurs prestations déterminées. Cet objet deviendra certain et déterminé au moment du choix. Dès lors, si toutes les prestations sont *in obligatione*, une seule d'entre elles sera *in solutione*. Ainsi, si l'une des branches de l'obligation alternative a pour objet une chose de genre, il en résulte une double incertitude tenant, d'une part, à l'objet de l'obligation et d'autre part, le cas échéant (i.e. en cas de choix de cette branche), à l'individualisation de la chose de genre. Pour les parties, l'intérêt de cette double incertitude n'est pas neutre. Elles peuvent combiner l'obligation alternative et la chose de genre afin de se doter d'un maximum de flexibilité. Dans une telle situation, une branche de l'obligation pourrait porter sur une chose de genre et l'autre branche sur une chose présente. Il existerait, ainsi, un double « choix ».

²⁷³ V. infra n°291.

²⁷⁴ Cass. 1^{er} civ., 20 oct. 1971, *Bull. civ.* I, n°271.

²⁷⁵ V. par exemple, Cass. 3^{er} civ., 15 janv. 1974, *Bull. civ.* III, n°13.

²⁷⁶ V. infra n°133.

124. Notons enfin que la définition même de l'obligation alternative, telle que codifiée lors de la réforme du 10 février 2016 du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁷⁷, se révèle plus correcte et plus précise que celle de l'ancien article 1189 du Code civil. Celui-ci évoquait plus une conséquence qu'une définition de l'obligation alternative. A l'instar d'autres projets de réforme²⁷⁸, l'article 1307 du Code civil²⁷⁹ insiste, en effet, davantage sur le caractère *in obligatione* des deux objets de l'obligation : « *l'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations (...)* ».

L'obligation alternative se caractérise, ainsi, par un choix portant sur deux ou plusieurs prestations différentes mais considérées par les parties, au moment de l'engagement, comme fongibles. Elle octroie alors un choix à l'une des parties entre plusieurs prestations *in obligatione*, ce qui la distingue notamment de l'obligation facultative.

§ 2 : Une faculté entre les prestations

Consacrée par la pratique (A), l'obligation facultative se caractérise par l'existence de deux prestations, dont l'une est principale et l'autre subsidiaire (B).

A) L'obligation facultative, une consécration de la pratique

125. L'obligation facultative n'a pas été codifiée par les rédacteurs du Code civil de 1804 : elle est née de la liberté contractuelle via une « *extrapolation* »²⁸⁰ de l'obligation alternative et par le souhait de conférer au débiteur une exclusivité dans le choix du mode d'exécution de son obligation. La pratique a donc révélé cette modalité de l'obligation avant d'être consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁸¹ au sein de l'article 1308 du Code civil. Son alinéa 1^{er} dispose que : « *l'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre* ». Elle se rencontre, lorsque le débiteur doit une prestation unique et dispose de la faculté de se libérer en

²⁷⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

²⁷⁸ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala, *op. cit* ; Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, *op. cit*.

²⁷⁹ Outre la substitution du terme « prestation » par « chose » : V. supra n°105.

²⁸⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1240.

²⁸¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

accomplissant une autre prestation déterminée à la place de celle qui est due²⁸². Cette prestation est alors dite « subsidiaire » et *in facultate solutionis*. Cette appellation émane de Delvincourt : « j'appelle obligation facultative, celle qui a pour objet une chose déterminée, mais avec la faculté pour le débiteur d'en payer une autre à la place »²⁸³. Cette appellation a ensuite été reprise par la doctrine, la pratique et le droit positif. Les projets de réforme proposaient également de consacrer l'obligation facultative parmi les modalités de l'obligation et après les dispositions relatives aux obligations alternatives²⁸⁴.

126. De manière liminaire, il convient de bien circonscrire la notion « d'obligation facultative ». L'obligation facultative n'est pas entendue ici comme la simple faculté pour les parties de consentir ou de ne pas consentir à l'obligation. Elle est une obligation définitivement consentie par les parties mais dans laquelle l'obligation du débiteur est aménagée par une faculté de libération. Ainsi, lorsque les parties ou les magistrats utilisent la notion d'obligation facultative, il convient systématiquement de bien analyser le contenu du contrat ou la décision de justice afin de ne pas se méprendre sur le sens à donner à la volonté des parties. Une première illustration nous est fournie par l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 20 janvier 2010 aux termes duquel la Cour de cassation a affirmé que : « (...) l'obligation pour le locataire d'un local meublé de s'assurer contre les risques dont il doit répondre étant, sauf stipulation expresse contraire, facultative »²⁸⁵. En l'espèce, la Cour de cassation n'entend pas viser la modalité de l'obligation mais bien évidemment la possibilité pour une personne de s'assurer. Pareillement, la première chambre civile de la Cour de cassation a corroboré cette distinction par un arrêt du 15 janvier 2015²⁸⁶, dans le cadre de la vente par une agence de voyages d'un forfait touristique. En l'espèce, des époux avait acquis auprès d'une telle agence un forfait touristique consistant en un circuit au Maroc. Victimes d'un accident lors d'une excursion, ils ont assigné leur agence de voyages en indemnisation de leurs préjudices. Afin d'appliquer ou non la responsabilité de plein droit de l'agence de voyages, il convenait au préalable d'appréhender le caractère facultatif de la prestation à l'origine du dommage. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi des époux soutenant que la prestation litigieuse n'était pas comprise dans l'obligation de l'agence de

²⁸² M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1052.

²⁸³ M. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t.2, 1813, p. 20.

²⁸⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala, *op. cit.* ; Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, *op. cit.*

²⁸⁵ Cass. 3^e civ., 20 janv. 2010, *Bull. civ.* III, n°15 ; *D.* 2011.1181, chron. N. Damas.

²⁸⁶ Cass. 1^e civ., 15 janv. 2015, n°13-26446, *JCP éd. G* 2015.290, note Ch. Lachièze ; *D.* 2016.25, chron. Ph. Brun et O. Gout ; *Gaz. Pal.* 12 févr. 2015, n°43, p. 19, chron. I. Tosi-Dupriet.

voyages, dans la mesure où la prestation concernée avait donné lieu à un paiement supplémentaire des époux auprès du prestataire local. Il ne s'agissait pas d'une obligation facultative. De fait, cette prestation ne pouvait pas engager la responsabilité de plein droit de l'agence de voyages²⁸⁷, sur le fondement de l'article L. 211-17 du Code du tourisme. Le caractère facultatif d'une obligation s'entend, en l'espèce, de la possibilité pour une partie de contracter ou non la prestation supplémentaire (l'excursion) et non comme une obligation facultative.

127. En revanche, une solution différente s'applique en matière de legs, où l'obligation facultative est relativement présente. Primus lègue sa maison à Paul mais si son héritier le préfère, si cela lui convient mieux, il pourra se libérer de l'obligation de livrer cette maison en lui donnant une somme d'argent. Comme l'expliquent Messieurs Grimaldi et Gentilhomme²⁸⁸, la donation facultative n'est pas une donation que le donateur aurait la simple faculté de consentir et donc de ne pas consentir. Elle est une donation définitivement consentie mais dans laquelle l'obligation du donateur est aménagée en une obligation facultative.

128. A l'instar de l'obligation alternative et plus généralement des modalités de l'obligation, l'obligation facultative doit être explicitement stipulée afin de pouvoir être invoquée. Elle constitue également une exception à l'obligation cumulative de droit commun, dans la mesure où les prestations sont stipulées sous la disjonctive « ou »²⁸⁹. Les obligations alternatives et facultatives sont classées dans la catégorie des obligations disjonctives, en raison de l'option laissée à l'une des parties de choisir, au moment de l'exécution, la prestation à exécuter par le débiteur.

*« Si du premier coup d'œil, l'obligation facultative paraît être du même genre que celle dite alternative »*²⁹⁰, elle s'en distingue, cependant, par l'existence d'une seule prestation *in obligatione*.

²⁸⁷ Il appartenait alors aux époux d'engager la responsabilité du prestataire local défaillant dans le cadre de cette excursion.

²⁸⁸ M. Grimaldi et R. Gentilhomme, « La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *LPA* 3 juin 1999, n°110, p. 11.

²⁸⁹ Ch. Beudant, *op. cit.*, n°804.

²⁹⁰ M. Delvincourt, *op. et loc. cit.*

B) L'existence d'une prestation *in obligatione* et d'une prestation subsidiaire

L'obligation facultative comporte plusieurs prestations (1) ce qui permet de la rapprocher de l'obligation alternative (2).

1) L'existence avérée de plusieurs prestations

129. La caractéristique principale de l'obligation facultative est qu'elle comporte plusieurs prestations mais une seule prestation est dûe par le débiteur, au contraire de l'obligation alternative. L'autre prestation n'est envisagée par les parties que d'une manière subsidiaire²⁹¹ : elle n'est pas comprise dans l'obligation. En d'autres termes, les objets de l'obligation ne sont pas tous dus mais seulement l'un d'entre eux. Ainsi, les prestations ne sont pas sur le même plan, à l'opposé de l'obligation alternative. Une hiérarchie s'opère, dès lors, entre ces prestations. Pareillement, elle se différencie de l'obligation cumulative au sens où tous les objets de l'obligation sont dus.

130. Contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine²⁹², l'obligation facultative comporte bien plusieurs objets de l'obligation ou plusieurs prestations mais il est reconnu au débiteur une facilité de paiement, une *facultate solutionis*, de choisir non pas l'objet de l'obligation dû mais l'objet subsidiaire de l'obligation. Si une seule prestation est due par le débiteur, deux prestations permettent sa libération vis-à-vis du créancier. Toutefois, il est requis que cette faculté soit convenue dans l'engagement des parties comme objet de l'obligation pour qu'elle puisse être exercée par le débiteur. A défaut de stipulation d'une telle faculté, l'article 1342-4 alinéa 2 du Code civil pourrait être opposé par le créancier au débiteur : le créancier pourrait refuser de recevoir en paiement une autre chose que ce qui lui est dû. En d'autres termes, parmi les objets de l'obligation facultative, un objet est dû et l'autre ne constitue qu'une « *faculté de remplacement dans le paiement* »²⁹³. Il convient donc d'éviter la maladresse qui est commise, dans ce cas, en évoquant la présence d'un objet unique.

²⁹¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil*, Les sûretés, Sirey, 2^{ème} éd. 1933, n°747.

²⁹² G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, n°1311 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1053 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. 2, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 1959, n°679 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1240 ; M. Mignot, *op. cit.* n°23.

²⁹³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°322.

131. Même s'il est vrai que ni la doctrine ni la jurisprudence ne l'évoquent, les objets de l'obligation facultative sont, à l'instar de l'obligation alternative, considérés par les parties comme équivalents ou fongibles. Si le créancier consent à laisser au débiteur une faculté de choisir un autre objet que celui qui est dû, c'est pour recevoir un autre objet qui le satisfait pleinement et qu'il considère comme équivalent. A défaut, il est certain qu'une pareille faculté ne serait pas accordée au débiteur. Le créancier recevra alors la valeur de son dû soit à travers la prestation principale soit à travers la prestation subsidiaire.

L'obligation facultative fait donc partie des obligations à pluralité d'objets, à côté des obligations cumulatives et des obligations alternatives. En raison de la faculté accordée au débiteur dans le choix du mode de réalisation de sa prestation, l'obligation facultative se rapproche indéniablement de l'obligation alternative.

2) Un rapprochement indéniable avec l'obligation alternative

132. De manière évidente, il existe une ressemblance entre ces deux modalités de l'obligation appartenant à la même « famille » des obligations disjonctives. Dans le Code civil, elles sont d'ailleurs placées successivement. Cette ressemblance a donné lieu à quelques difficultés de qualification que l'obligation ait été prévue par le législateur ou par les parties. Comme l'indique Monsieur François, « *il n'est pas toujours facile de déterminer si elles ont eu l'intention de placer les différentes prestations sur le même plan en les frappant d'une alternative ou bien de les hiérarchiser, l'une étant principale et l'autre facultative* »²⁹⁴.

133. L'article 1681 du Code civil relatif à l'action en rescision pour lésion d'une vente illustre notamment cette difficulté. Cet article dispose que : « *Dans le cas où l'action en rescision est admise*²⁹⁵, *l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total* ». La doctrine et la jurisprudence ont hésité sur le point de savoir si l'obligation de l'acquéreur devait être qualifiée d'obligation alternative ou d'obligation facultative. La question inhérente à ce débat était de savoir si le législateur avait entendu placer ou non les deux objets de l'obligation sur le même plan. Notons, à cet égard, l'originalité du législateur laissant le choix de la sanction à l'acquéreur. Il confère une

²⁹⁴ J. François, *op. cit.*, n°246.

²⁹⁵ C. civ., art. 1674.

flexibilité au défendeur à l'instance, lequel dispose du choix de mettre à néant l'acquisition immobilière ou de payer un supplément de prix.

134. D'un côté, une partie de la doctrine, sur le fondement de quelques arrêts, a considéré que l'obligation de l'acquéreur poursuivi en rescision pour lésion était facultative. Elle a d'abord considéré que l'obligation principale de l'acquéreur était de payer le prix²⁹⁶ et subsidiairement de demander la rescision pour cause de lésion de la vente. Puis, soutenant toujours l'existence d'une obligation facultative, il a été retenu qu'en cas d'impossibilité de payer un supplément de prix, l'acquéreur devait rendre l'immeuble vendu à un prix lésionnaire²⁹⁷. C'est en ce sens que se sont prononcés des auteurs²⁹⁸ soulignant que l'obligation principale du débiteur serait de demander la rescision pour lésion. Ils justifient leur position par le fait que la qualification d'obligation alternative emporterait modification légale du contrat en cours d'exécution, ce que la force obligatoire des contrats ne permet pas. Aussi, la rédaction de l'article 1682 du Code civil induirait que le paiement du complément du juste prix ne serait qu'une faculté pour l'acheteur. D'autres auteurs ajoutent que la loi « donne la faculté à l'acheteur de sauver le contrat et de conserver l'immeuble, à la condition de payer le supplément du juste prix, moins un dixième »²⁹⁹. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation leur a également donné raison en affirmant que : « l'action en rescision pour lésion ne tend pas exclusivement à la révision du prix, celle-ci n'étant qu'une simple faculté laissée à l'acheteur »³⁰⁰.

135. De l'autre côté, une autre partie de la doctrine³⁰¹, selon un arrêt du 17 juin 1963 de la Cour de cassation³⁰², met en exergue l'existence d'une obligation alternative. Elle soutient que la Cour de cassation s'est ralliée à la qualification d'obligation alternative, dans cet arrêt, en retenant que : « l'Etat, acquéreur à bas prix d'un immeuble, (était) tenu de payer un supplément de prix, alors qu'il ne pouvait pas restituer cet immeuble parce qu'il l'avait

²⁹⁶ Cass. civ., 14 mai 1806, S. 1806.I.331.

²⁹⁷ Cass. com., 20 mai 1927, S. 1927.I.263 ; Cass. com., 21 déc. 1951, *Bull. civ.* I, n°59.

²⁹⁸ E. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1924, n°108 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. XI, *La Vente. Le louage des choses*, avec la collab. de B. de la Gressaye, 2^{ème} éd., 1938, n°133.

²⁹⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 7^{ème} éd. 2014, n°230.

³⁰⁰ Cass. com., 20 nov. 1963, *Bull. civ.* III, n°492.

³⁰¹ M.-J. Gebler, *op. cit.*, p. 8 et s. ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 7^{ème} éd. 2013, n°138 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n°91 ; H. Le Griel, « La jurisprudence récente concernant la lésion dans la vente immobilière », *D.* 1967.I.57.

³⁰² Cass. 1^{er} civ., 17 juin 1963, *Bull. civ.* I, n°322 ; *JCP* 1963.II.13313.

incorporé au domaine public ». En d'autres termes, la Cour de cassation n'a pas considéré l'objet de l'obligation de restituer l'immeuble comme principal et a libéré conséquemment l'acquéreur. Elle a donc placé les deux objets de l'obligation sur le même plan et a condamné l'État à payer un supplément de prix. Ces auteurs estiment que cet arrêt est fidèle à la rédaction de l'article 1681 du Code civil.

136. À la lecture de cet article, il est vrai que le choix octroyé au débiteur sème un doute quant à la qualification de son obligation. Tant s'agissant de l'obligation alternative que de l'obligation facultative, le choix peut appartenir au débiteur si bien que, de son point de vue, ces modalités de l'obligation tendent à se confondre. Toutefois, nous considérons que le législateur a entendu placer les deux sanctions afférentes à la lésion sur le même plan dans le dessein de réparer le déséquilibre initial du contrat. La genèse de cet article, dont plus généralement la rescision pour lésion en matière immobilière, incite également à considérer comme équivalentes ces deux branches de l'obligation. Ainsi, le choix se justifie, d'une part, par le fait que la lésion est admise aux fins de protection du vendeur lésé eu égard au prix de vente et, d'autre part, par le fait de ne pas remettre en cause la vente immobilière en raison d'une ignorance du vendeur quant à la valeur de son bien et de ne pas perturber la sécurité des opérations immobilières. L'équilibre entre les intérêts du vendeur, de l'acquéreur et la sécurité des transactions paraît, ainsi, bien approprié à travers l'existence d'une obligation alternative à la charge de l'acquéreur disposant d'un choix quant à la sanction liée au déséquilibre existant entre la valeur de l'immeuble et le juste prix (i.e. plus de sept douzièmes de la valeur).

137. Pareille difficulté de qualification est apparue dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 1989³⁰³. En l'espèce, un prêt a été accordé par une société à un étudiant afin de financer ses études. Le prêt prévoyait qu'au terme de sa scolarité, aucun remboursement ne serait demandé par la société au débiteur, s'il acceptait d'être embauché par la société prêteuse. Cette dernière fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et une branche de son activité est transmise à une tierce société. L'étudiant emprunteur refuse d'être embauché par cette dernière, qui l'assigne en paiement. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a débouté le prêteur et la société tierce venue aux droits celui-ci soutenant que l'emprunteur était en droit d'invoquer une exception d'inexécution en raison de la cessation par la société

³⁰³ Paris, 7 mars 1989, *JCP éd. G* 1989.II.21318, note B. Petit.

des versements à l'emprunteur. Les juges ont, ainsi, dû s'interroger sur la qualification juridique à donner à l'obligation de l'emprunteur : s'agissait-il d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative mise à la charge de l'emprunteur ? Outre le rejet du caractère synallagmatique du prêt soutenu par l'emprunteur, la Cour d'appel de Paris considère que l'emprunteur était tenu de rembourser le prêt « *sous la condition suspensive d'une acceptation par lui, au terme de sa scolarité, de la proposition d'embauche initiale* ». Dans la mesure où cette proposition d'embauche était conclue *intuitu personae* et où l'emprunteur ne pouvait plus l'accepter, la Cour d'appel juge que la condition a défailli et que l'emprunteur n'était plus tenu de rembourser le prêt. Ce dernier pouvait, toutefois, s'acquitter d'une « *obligation matérielle de remboursement afin de remplir un devoir impérieux de conscience et d'honneur à l'égard de l'entreprise* ».

138. Comme le révèle le commentateur de cet arrêt, Monsieur Petit, cette décision est surprenante en raison de ses inexactitudes juridiques et de celles du tribunal de première instance. Outre l'erreur liée à la qualification en première instance du contrat de prêt et le recours à un devoir de conscience et d'honneur injustifié, la Cour d'appel dénature la volonté des parties en relevant l'existence d'une condition suspensive afférente à l'obligation de l'emprunteur³⁰⁴. Nous estimons que l'obligation souscrite par l'emprunteur était bien une obligation disjonctive : pour se libérer de son obligation, l'emprunteur devait soit rembourser le crédit, soit accepter l'offre d'embauche de son prêteur. La difficulté était de savoir si les parties avaient souhaité placer les deux objets de l'obligation sur le même plan ou si elles avaient souhaité que l'un d'eux soit subsidiaire. En fonction de la qualification retenue, la solution sera différente³⁰⁵. L'analyse de l'intention commune des parties, au sens de l'ancien article 1156 du Code civil, est, au cas d'espèce, relativement essentielle afin de retenir l'une ou l'autre de ces qualifications. Monsieur Petit y voit l'existence d'une obligation facultative à la charge de l'emprunteur en considérant que l'objet principal de l'obligation de celui-ci était d'entrer au service de l'entreprise et celui-ci bénéficiait de la faculté de se libérer en remboursant le prêt. Il justifie sa position par l'économie même de l'opération, compte tenu de l'absence de données factuelles. Néanmoins, si la recherche de l'économie même de l'opération nous paraît justifiée, nous ne partageons pas la qualification retenue. Le recours à

³⁰⁴ V. infra n°137 et s. ; n°199 et s. : au sujet de la comparaison entre l'obligation conditionnelle et l'obligation disjonctive. Notons simplement que l'obligation de l'emprunteur était, en l'espèce, bien née et seul son moyen de libération n'était pas choisi.

³⁰⁵ V. infra n°399 et s.

l'objet du contrat nous permet d'appréhender la finalité de cette opération. Or, il semble bien que, dans ce type d'opération, les parties aient placé les deux objets de l'obligation sur le même plan. Le créancier souhaite, en effet, de manière équivalente soit l'embauche de cet étudiant sur lequel il a « capitalisé », soit le remboursement de son crédit. Dans le cadre de la gestion de son entreprise, le créancier ne saurait consentir à un abandon de créance au profit d'une tierce personne. S'agissant de cet étudiant, il bénéficie d'un prêt pour financer ses études et a bien conscience qu'il accepte, au terme de sa formation, soit d'être embauché par l'entreprise soit de rembourser le crédit. A l'instar d'auteurs³⁰⁶, nous estimons, dès lors, que la qualification de l'obligation alternative aurait dû primer dans cet arrêt impliquant que l'obligation de rembourser le crédit subsistait pour l'emprunteur.

139. Au contraire de l'obligation alternative, la faculté inhérente à l'obligation facultative est par essence octroyée exclusivement au débiteur. Cette faveur permet, ainsi, au débiteur de bénéficier d'une certaine souplesse pour se libérer de ses obligations. Le créancier ne saurait pouvoir prétendre l'exercer, sauf à tenter de requalifier l'obligation facultative en obligation alternative. La stipulation d'une faculté permet, ainsi, d'exclure, au moment de l'exécution, l'influence du consentement du créancier quant au choix de l'objet subsidiaire et d'éviter toute interprétation sur la qualification de l'obligation. Il convient de rappeler que le créancier a accepté, lors de la conclusion de l'obligation, cette fongibilité du paiement. Il convient d'observer que tant la doctrine que l'article 1308 du Code civil n'évoquent l'existence que de deux prestations comme objets de l'obligation du débiteur. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations³⁰⁷ n'a pas repris la pluralité de prestations figurant à l'article 1307 du Code civil relatif à l'obligation alternative. Est-ce une volonté délibérée de restreindre la faculté offerte au débiteur dans l'exécution de l'un des objets de l'obligation en contrepartie de l'exclusivité qui lui est conférée par la faculté ? Nous répondons par la négative : l'obligation facultative peut, selon nous, comporter plus de deux prestations. Dès lors que les parties ont choisi de stipuler une obligation facultative parmi les obligations à objets complexes, nous ne voyons aucune raison de restreindre à deux le nombre de prestations comprises dans l'obligation. Du point de vue du débiteur, il semble qu'il n'existe aucune différence notionnelle entre l'obligation

³⁰⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1239.

³⁰⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

alternative et l'obligation facultative, lorsque le choix lui est dévolu. Il bénéficie, dans les deux hypothèses, d'une souplesse quant au paiement de son obligation.

140. La différence entre l'obligation alternative et l'obligation facultative se situe, en réalité, au regard de la situation du créancier. L'absence de pluralité d'objets *in obligatione* dans l'obligation facultative implique que si la prestation principale venait à disparaître en raison d'une nullité ou d'un cas de force majeure ou si elle était illicite, l'obligation s'éteindrait et le débiteur ne devrait pas la prestation subsidiaire³⁰⁸, par application de l'article 1308 alinéa 2 du Code civil. Toutefois et inversement, la disparition de l'objet subsidiaire n'altère en rien l'obligation. Comme le constate Madame Bineau, « *la nature de l'obligation facultative n'est, pour les prérogatives du créancier, à aucun moment incertaine* »³⁰⁹.

La possibilité de choisir l'objet de l'obligation à réaliser au sein d'une même obligation caractérise tant l'obligation alternative que l'obligation facultative. Du point de vue du débiteur, la stipulation d'une obligation facultative, dans le rapport d'obligation, demeure plus intéressante que l'obligation alternative eu égard à l'exclusivité du choix. L'obligation facultative apparaît alors comme une variante de l'obligation alternative³¹⁰. A l'aune des caractéristiques communes relatives à l'objet de l'obligation, l'obligation alternative semble être la norme des obligations disjonctives. L'obligation plurale comporte, certes, les obligations à objets complexes (dont les obligations disjonctives) mais aussi les obligations à sujets complexes. Ces obligations plures doivent être distinguées, même si des caractéristiques communes peuvent se dégager.

³⁰⁸ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°237 ; L. Josserand, *op. et loc. cit.* ; Ch. Beaudant, *op. cit.*, n°805 ; G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, n°1311 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1053 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°1336 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. 2, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 1959, n°1727 ; M. Delvincourt, *op. cit.* ; P. Maistre de Chambrion, *op. cit.*, p. 85 et s ; R. Cabrillac, *op. cit.*, n°355 ; F. Murlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1238.

³⁰⁹ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p.9.

³¹⁰ D. Mainguy et J.-L. Respaud, *op. cit.*, n°464.

Section 2 : Des caractéristiques communes avec l'obligation à pluralité de sujets

141. L'analyse de la notion d'obligation plurale – et en particulier de l'obligation disjonctive - nous permet de différencier l'obligation à objets complexes de l'obligation à sujets complexes³¹¹, qui constitue également une modalité de l'obligation. Si l'obligation concerne généralement un créancier et un débiteur, elle peut également comporter soit plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs soit encore plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs. La modalité de l'obligation affecte dans ce cas les titulaires de l'obligation. Ces obligations à sujets multiples sont soit conjointes soit solidaires³¹² ou disjointes, selon le Doyen Carbonnier³¹³. Les obligations solidaires peuvent elles-mêmes revêtir deux formes selon que la solidarité concerne les débiteurs ou les créanciers. Nous pouvons, dès ce stade, affirmer la nette différence entre les obligations à pluralité d'objets et celles à pluralité de sujets, puisque les obligations solidaires concernent les titulaires de l'obligation, tandis que les obligations disjonctives s'intéressent aux objets de l'obligation ou aux prestations. Cette analyse permet alors de dissiper le doute laissé par le législateur de 1804 à l'article 1192 du Code civil en évoquant le terme « sujet » au lieu de celui de « chose ».

142. En dehors de cette différence, le mécanisme des obligations à objets et à sujets multiples présente des caractéristiques communes. En premier lieu, ces modalités de l'obligation poursuivent ou peuvent poursuivre le même but de garantie, de spéculation ou de sauvegarde du lien contractuel³¹⁴. Le concept de ces deux modalités de l'obligation implique aussi que le créancier bénéficie d'une garantie quant au paiement de sa créance en raison de la présence de plusieurs débiteurs ou de plusieurs objets de l'obligation. Elles offrent toutes deux aux parties (débiteurs ou créanciers) de la souplesse dans l'exécution de l'objet de leur obligation. Les obligations à objets et à sujets multiples, modalités de l'obligation, doivent

³¹¹ Pour des développements complémentaires sur cette notion, V. notamment : A. Hontebeyrie, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, thèse Paris 1, 2002 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°323 et s. ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n°344 et s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n°103 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°218 et s. ; H. et L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, v. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien 12^{ème} éd. 2000, n°257 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°1050 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1241 et s. ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°225 et s.

³¹² Pour les besoins de nos travaux, nous assimilerons, du point de vue de la notion, l'obligation solidaire à l'obligation *in solidum*, laquelle est apparue en jurisprudence afin d'étendre le domaine légal et conventionnel des obligations solidaires à des cas non prévus par ces deux sources, dont le domaine de la responsabilité civile délictuelle.

³¹³ J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

³¹⁴ V. infra n°287 et s.

être explicitement et de manière non équivoque prévues afin de trouver application³¹⁵. A défaut d'une stipulation contractuelle expresse d'une solidarité³¹⁶ entre les débiteurs³¹⁷ ou entre les créanciers³¹⁸, l'obligation se divisera activement entre les créanciers ou passivement entre les débiteurs³¹⁹ (sauf en matière commerciale où la solidarité est présumée). Il en est de même au sujet de l'obligation à objets complexes, les objets de l'obligation seront réputés être dus en totalité³²⁰. Pour reprendre une formule du Doyen Carbonnier en matière de solidarité passive et en l'adaptant³²¹, nous pouvons dire que la pluralité des objets et des sujets affecte, lorsqu'elle est stipulée, le mécanisme classique de l'obligation. Celle-ci est aménagée en fonction de la finalité souhaitée par les parties.

143. En deuxième lieu, la solidarité suppose que le ou les débiteur(s) soit(ent) tenu(s) de la même chose, du même objet de l'obligation. Nous pouvons relever, à ce titre, par application de l'article 1315 du Code civil, la possibilité commune pour le *solvens* de soulever des exceptions, qui affectent la validité de l'obligation, à savoir principalement au cas présent un défaut d'objet³²². Au moment de l'engagement des parties, le débiteur d'une obligation alternative doit plusieurs objets mais le paiement de l'un d'eux seulement suffit pour le libérer. Aucun paiement fractionné de l'objet de l'obligation n'est permis au débiteur. Le créancier recevant un paiement intégral du débiteur ou de l'un des débiteurs ne peut pas demander l'exécution de l'autre branche de l'obligation ou un autre paiement de la dette aux autres codébiteurs. Le paiement de l'objet de l'obligation ou de l'un des objets de l'obligation libère le débiteur. Dans les deux modalités de l'obligation, le débiteur ne pourra pas être engagé à payer plus que l'objet de l'obligation convenu *ab initio*. Par ailleurs, il n'en demeure pas moins que chaque branche de l'obligation ou chaque codébiteur peut prévoir des modalités différentes soit aux autres codébiteurs soit à l'autre branche de l'obligation.

³¹⁵ V. par exemple en matière de solidarité passive : Req. 16 mars 1852, *DP* 1852.1102 ; *S.* 1852.1. 636 ; Cass. 1^o civ., 8 nov. 1978, *Bull. civ.* I, n°341 ; *D.* 1979.IR.56.

³¹⁶ La réforme du 10 février 2016 n'a pas soutenu la position doctrinale prenant appui sur les principes européens de droit des contrats, visant à rendre de plein droit solidaire les dettes civiles. V. notamment : L. Aynès et A. Hontebeyrie, « Pour une réforme du Code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *D.* 2006.J.328 ; P. Briand, *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Nantes, 1999 ; A. Hontebeyrie, *op. cit.*, n°362 et s.

³¹⁷ C. civ., art. 1313 et s.

³¹⁸ C. civ., art. 1311 et s.

³¹⁹ Cass. 1^o civ., 12 mars 2002, *Bull. civ.* I n°82 ; *RTD civ.* 2002.805, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 3^o civ., 26 janv. 2005, *Bull. civ.* III, n°14 ; *Contrats, conc., consom.* 2005, n°83, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2006. 316, obs. J. Mestre et B. Fages.

³²⁰ V. supra n°101 et s.

³²¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°346 : « les codébiteurs solidaires sont obligés envers le créancier, mais leur pluralité, et qui plus est leur pluralité solidaire, affecte le mécanisme de l'obligation ».

³²² J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°268.

L'adjonction d'un terme ou d'une condition à l'objet de l'obligation paraît, à cet égard, être le plus commode.

144. En troisième lieu, tant l'obligation solidaire active ou passive que l'obligation alternative place les sujets et les objets de l'obligation au même plan. Les codébiteurs ou les cocréanciers doivent être traités comme l'est un débiteur ou un créancier pris de manière autonome, à l'exception du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, au sens de l'article 1318 du Code civil³²³. Si tel n'est pas le cas et si un lien accessoire était décelé, il s'agirait probablement d'un cautionnement. Pareillement, le concept d'obligation alternative postule une égalité de niveau entre les objets de l'obligation. Dès lors, les objets de l'obligation alternative, l'engagement de codébiteurs solidaires ou les créanciers engagés solidairement sont traités de la même façon. En d'autres termes, les objets de l'obligation sont *in obligatione*, les codébiteurs solidaires sont tenus de l'obligation à la dette vis-à-vis de leur(s) créancier(s) et les créanciers solidaires peuvent exiger de leur(s) débiteur(s) le paiement de l'intégralité de la dette. Tant que l'obligation n'a pas été payée par l'un quelconque des débiteurs, l'objet ou les objets de l'obligation demeure(nt) dus. « *L'obligation alternative offre (ainsi) l'image d'une sorte de solidarité réelle et objective, à l'instar de la solidarité personnelle et subjective* »³²⁴.

145. En dernier lieu, ces obligations complexes tant par leurs objets que par leurs sujets impliquent nécessairement un choix³²⁵ (tacite ou explicite) soit du débiteur soit du créancier. La solidarité active requiert, sauf stipulation contraire et sauf s'il est poursuivi par l'un d'eux, que le débiteur puisse choisir de s'exécuter auprès de l'un des créanciers³²⁶. Inversement, la solidarité passive permet au créancier qui en bénéficie de demander à l'un quelconque des débiteurs le paiement de la totalité de la dette³²⁷. Pareillement, le créancier ou le débiteur d'une obligation disjonctive doit choisir l'objet de l'obligation à exécuter, ce choix pouvant être implicite³²⁸. Ce choix est laissé à la discrétion de son titulaire³²⁹, et ce pour les deux

³²³ Pour plus de développements sur cette notion de codébiteur non intéressé à la dette, V. notamment : D.R. Martin, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994.249 ; M. Oury-Brule, *L'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, thèse Paris 2, LGDJ, 2002 ; Cass. 1^{er} civ., 17 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n^o309, *D.* 2000.407, obs. P. Ancel ; *JCP éd. G* 2000.I.209, n^o9, obs. Ph. Simler et II.10403, note Y. Picod.

³²⁴ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n^o8.

³²⁵ Nous ne visons ici que les obligations disjonctives.

³²⁶ C. civ., art. 1311.

³²⁷ C. civ., art. 1313.

³²⁸ V. infra n^o194 et s.

³²⁹ V. infra n^o343 et s.

modalités de l'obligation. Le choix emportera obligation du débiteur à payer l'objet de l'obligation concerné. A défaut de prévoir ces modalités de l'obligation, un tel choix n'est pas offert aux parties : soit elles seront tenues de diviser leurs poursuites (obligation conjointe) soit elles seront tenues à tous les objets de l'obligation (obligation cumulative). Les obligations à objets et à sujets complexes constituent des modalités de l'obligation permettant aux parties d'aménager leur rapport contractuel comme elles l'entendent et de s'assurer d'un maximum de flexibilité à travers l'octroi d'un droit potestatif ou d'un choix à l'une d'elles.

Les similitudes observées ne sauraient, cependant, forger un droit commun des modalités plures de l'obligation. Les obligations à pluralité d'objets demeurent singulières, en raison du choix conféré aux parties qui revêt une importance prégnante.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

L'obligation à objets complexes constitue une obligation dotée de plusieurs objets. Si la notion d'objet a longtemps été controversée, la réforme du 10 février 2016³³⁰ a intégré cette notion dans celle de contenu du contrat connue du droit européen. En dépit de quelques imperfections ou d'imprécisions, la notion d'objet a été cernée en tant qu'objet de l'obligation. Cet objet équivaut à l'engagement pris par le débiteur. Les objets de l'obligation sont l'un des éléments caractéristiques de l'obligation disjonctive. Ils doivent individuellement remplir les caractères classiques de l'objet, c'est-à-dire exister, être déterminé ou déterminable et licite. C'est au stade de la formation de l'obligation qu'il convient d'apprécier cette pluralité d'objets de l'obligation disjonctive.

Cette multiplicité d'objets au sein d'une même obligation permet de différencier l'obligation disjonctive des contrats comportant plusieurs obligations, même si la différence pratique n'est pas évidente. Le débiteur peut également être tenu différemment selon la rédaction de l'obligation par les parties. Il peut être contraint de devoir exécuter l'ensemble des objets de l'obligation en présence d'une obligation cumulative ou seulement l'un d'entre eux en présence d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative.

L'attrait des obligations alternative et facultative trouve son origine dans la notion de choix. Parmi les obligations disjonctives, les objets de l'obligation ne doivent donc pas être exécutés de la même manière. S'agissant des obligations alternative et facultative, nous avons constaté que les prestations, objets de l'obligation, doivent être différentes, même si les parties les considèrent comme fongibles au moment du paiement de l'obligation. La différence entre ces deux modalités de l'obligation réside dans l'appréhension des objets de l'obligation par le créancier (ils sont tous *in obligatione* dans l'obligation alternative, alors que seul l'un d'entre eux l'est s'agissant de l'obligation facultative) et dans l'exclusivité du choix dévolu au débiteur de l'obligation facultative. C'est pourquoi les options de change et les options de place ne sont pas des obligations alternatives mais des modalités de paiement. L'obligation disjonctive requiert que le créancier soit pareillement satisfait de l'exécution de l'une ou de l'autre des prestations. Ces exigences se révèlent communes aux obligations alternative et facultative. Celles-ci se distinguent clairement quand le choix appartient au créancier, dans la

³³⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

mesure où ce dernier ne peut bénéficier de la liberté de déterminer l'objet de l'obligation à réaliser dans une obligation facultative.

Si cette multiplicité paraît alourdir le mécanisme de l'obligation disjonctive, il n'en est, en réalité, rien. Elle insuffle de la souplesse au rapport contractuel notamment à travers le choix qu'elle confère à l'une des parties.

Titre II : LE CHOIX, LA QUINTESSANCE DE L'OBLIGATION DISJONCTIVE

146. Les obligations disjonctives ont cette particularité qu'elles confèrent un choix à l'une des parties relativement à l'objet de l'obligation. L'obligation alternative et l'obligation facultative confèrent respectivement une option à l'une des parties (le débiteur ou le créancier) et une « faculté » au débiteur, lorsqu'elles sont prévues en tant que modalité de l'obligation. Ce choix porte sur la nature de la prestation qui sera exécutée par le débiteur. Nous apercevons la singularité de cette modalité de l'obligation, dont la caractéristique principale est de conférer un choix à l'une des parties de choisir la prestation à réaliser au moment de l'exécution de la prestation. Ainsi, Primus a le choix de rembourser son prêt soit en payant une somme d'argent déterminée soit en transférant la propriété de son immeuble. De même, dans le cadre d'une opération de restructuration de sociétés, une société dispose du choix de transférer soit tels contrats soit tels autres. La particularité de ce choix est qu'il est octroyé à l'une des parties au moment de la conclusion de l'obligation et est exercé postérieurement. L'option et la faculté suscitent l'analyse, dans la mesure où, que ce soit au niveau du concept même de l'obligation disjonctive ou lors de son exercice³³¹, le choix est au cœur du mécanisme de l'obligation disjonctive et accorde une flexibilité certaine aux parties quant au mode d'exécution de leur obligation.

Le choix entre plusieurs prestations peut être qualifié de droit potestatif en raison de la puissance qu'il confère à son titulaire, droit potestatif parfaitement valable en matière d'obligation disjonctive (Chapitre 1). Le choix joue un rôle moteur pour ces deux modalités de l'obligation, que sont l'obligation alternative et l'obligation facultative. C'est autour de cette notion que gravite, en effet, l'intérêt de l'obligation disjonctive. Le choix se révèle être le caractère typique de l'obligation disjonctive (Chapitre 2).

³³¹ V. infra n°308 et s.

Chapitre 1 : Le choix entre plusieurs prestations, un droit potestatif valable

L'essence de l'obligation disjonctive est de conférer un choix à l'une des parties entre plusieurs prestations afin de déterminer celle qui sera réalisée par le débiteur (Section 1). Le titulaire du choix jouit alors d'un droit potestatif concernant l'objet de l'obligation (Section 2).

Section 1 : L'existence d'un choix entre plusieurs prestations

Le choix se justifie par la présence d'une option s'agissant de l'obligation alternative et une « faculté » s'agissant de l'obligation facultative. Les deux notions d'option et de faculté peuvent être et ont été interprétées différemment. Nous constaterons que le droit d'option doit être appréhendé et traité comme un droit autonome (Sous-Section 1) et que nous devrions, en réalité, évoquer l'existence d'un droit facultatif en matière d'obligation facultative (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Un droit d'option autonome issu de l'obligation alternative

147. Des situations où une option existe peuvent se rencontrer indéfiniment³³². Dans cette perspective, Lecompte³³³ a cru pouvoir identifier quatre groupes de droits d'option : « *le droit d'option peut conférer à l'intéressé la possibilité d'acquérir un droit nouveau ou au contraire, de le rejeter (...); le droit d'option se présente comme un moyen, pour l'une des parties, soit de réclamer le maintien d'un contrat, moyennant s'il y a lieu, certains dédommagements, soit, au contraire, d'en demander la résolution pure et simple ou la résiliation (...); le droit d'option peut se manifester comme conférant la possibilité de choisir dans les moyens d'exercice d'un droit (...); enfin, le droit d'option confère à son titulaire le droit de choisir entre différentes modalités d'exécution de son obligation* ».

148. Cependant, il s'avère que cette proposition doctrinale fait état d'une catégorie trop hétérogène de droits d'option au champ d'application illimité. Prenant appui sur des exemples

³³² I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse Paris, 1967, n°1 et s.

³³³ H. Lecompte, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930, p. 52 et s.

du droit positif, le droit d'option ne doit pas laisser à l'une des parties une infinité d'alternatives mais seulement une pluralité d'alternatives déterminées. En conséquence, Monsieur Najjar³³⁴ estime que le droit d'option doit être, dans une première approximation, défini comme étant : « *la prérogative juridique reconnue par la loi ou la convention à une personne de prendre tel ou tel des partis qui lui sont proposés* »³³⁵.

Le droit d'option paraît être un droit autonome de la classification fondée sur la distinction entre droit réel et droit de créance (§1) et être doté de caractéristiques propres (§2).

§ 1 : Le rejet de la qualification de droit réel ou de droit de créance

La doctrine³³⁶ distingue classiquement parmi les droits patrimoniaux les droits réels et les droits de créance. Il nous appartient alors d'analyser le droit d'option aux fins d'une éventuelle classification dans l'une ou l'autre de cette catégorie. Dans cette approche, le droit d'option ne serait ni un droit réel (A) ni un droit de créance (B).

A) L'inexistence d'un droit réel

149. Selon Messieurs Terré et Simler, « *le droit réel est celui qui donne à la personne un pouvoir direct et immédiat sur une chose, pouvoir qui s'exerce sans l'entremise d'un autre individu* »³³⁷. Le droit d'option confère-t-il un droit réel à son bénéficiaire ? En d'autres termes, le droit d'option issu de l'obligation alternative donne-t-il à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose ?

150. Qu'il appartienne au créancier ou au débiteur, le droit d'option issu de l'obligation alternative ne constitue pas un pouvoir sur l'une ou l'autre branche objet de l'obligation. Il permet à son titulaire de choisir la modalité d'exécution de l'obligation et conséquemment, si

³³⁴ Il ne s'agira point, dans ces développements, de faire état de l'ensemble de la thèse de Monsieur Najjar relative au droit d'option mais de l'évoquer afin d'appréhender cette notion de droit d'option appliquée à l'obligation alternative.

³³⁵ I. Najjar, *op. cit.*, n°4.

³³⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°3 ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2014, n°3, n° 47 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 6^{ème} éd. 2015, n°349 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°1 et s. ; Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°11 et s. ; H. et L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, v. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien 12^{ème} éd. 2000, n°159 et s.

³³⁷ F. Terré et Ph. Simler, *op. et loc. cit.*

l'option appartient au créancier, la possibilité de contraindre le débiteur à s'exécuter. Ainsi, le bénéficiaire de l'option ne permet pas à son titulaire de constituer une sûreté sur l'un des objets de l'obligation, avant que l'option soit exercée.

151. Comme en matière de promesse de vente, l'un ou l'autre des objets de l'obligation alternative ne se trouve pas soumis au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat opposable à tous. La définition de droit réel implique, en effet, comme caractère essentiel du droit réel, l'existence d'un rapport immédiat entre une personne et une chose. Or, au cas de l'obligation alternative, que le droit d'option appartienne à l'une ou l'autre des parties, il ne confère pas cette prérogative. L'objet du droit d'option réside uniquement dans le choix de l'une des branches de l'obligation alternative et, de fait, des modalités de son exécution. Le droit réel sur la chose est indépendant du droit d'option. Mentionnons également que si l'option appartient au débiteur, le droit d'option ne lui donne pas un pouvoir immédiat sur une chose, puisqu'il dispose déjà par hypothèse d'un droit réel sur les choses objet de l'obligation. Pareillement, si l'option appartient au créancier, le droit d'option ne saurait lui donner un rapport immédiat sur cette chose, car il est nécessaire que le débiteur exécute l'une ou l'autre branche.

152. En outre, le droit d'option ne peut être assimilé à un démembrement du droit de propriété. Avant son exercice, le bénéficiaire du droit d'option ne dispose pas du pouvoir de détenir et d'utiliser la chose (*usus*), d'en percevoir les fruits (*fructus*) ou d'en disposer librement (*abusus*). Le titulaire de l'option, au contraire du propriétaire de la chose, ne bénéficie pas de ces prérogatives. Si le débiteur en jouit, c'est *es* qualité de propriétaire de la chose. De fait, en tant que titulaire de l'option, le créancier ne saurait demander au débiteur, avant l'exercice de l'option, le droit de percevoir les loyers résultant de l'immeuble, objet, par exemple, de l'une des alternatives. Pareillement, sauf stipulation contractuelle contraire, le droit d'option issu de l'obligation alternative n'empêche pas en soi le débiteur d'aliéner un bien objet de l'alternative, à charge pour lui d'en assumer la responsabilité³³⁸.

153. Enfin, l'absence de qualification de droit réel est corroborée par le fait que le droit d'option n'est pas opposable à tous. Outre l'absence de soumission du droit d'option aux règles de la publicité foncière, il ne comporte ni droit de suite ni droit de préférence à l'égard

³³⁸ V. infra n°316 et s.

de la chose concernée. Le droit d'option, en tant que tel, ne permet pas à son bénéficiaire de suivre la chose ou les choses objets de l'obligation en quelques mains qu'elle(s) passe(nt) ou de bénéficier d'un traitement privilégié en cas de concours de la chose avec d'autres créanciers, lors du recouvrement d'une créance.

Le droit d'option ne revêt donc pas les caractéristiques propres au droit réel et ne peut être assimilé à cette catégorie juridique. En raison de sa relativité, le droit d'option pourrait *a contrario* se rapprocher de la qualification juridique de droit personnel et plus précisément de droit de créance.

B) Une ressemblance avec le droit de créance

154. Le choix peut-il être qualifié de droit de créance ? Le droit de créance est défini comme « *le droit personnel en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation (donner, faire ou ne pas faire quelque chose)* »³³⁹. L'obligation résultant du droit de créance³⁴⁰ permet au créancier d'exiger du débiteur l'accomplissement d'une obligation déterminée. Comme l'énonce Monsieur Najjar, le droit de créance « *s'exerce à l'encontre d'un débiteur et n'atteint les choses qu'à travers la personne de ce dernier* »³⁴¹. Si Monsieur Najjar prend l'exemple principal de la promesse de vente pour considérer que le droit d'option n'est pas un droit de créance, nous nous détacherons de cet exemple, puisque le droit d'option issu de l'obligation alternative concerne non pas la formation de l'obligation mais son exécution.

155. Il convient alors de savoir si le titulaire de l'option est astreint à opter dans un sens plutôt que dans l'autre et si son partenaire contractuel bénéficie d'un droit, à cet égard. Au regard des articles 1307 et suivants du Code civil, le droit d'option octroie à son titulaire une liberté dans le choix de telle ou de telle branche de l'obligation³⁴². Il s'agit de l'essence même de l'obligation alternative. Cette liberté ne saurait être influencée par l'autre partenaire contractuel. Certains auteurs ont d'ailleurs pu utiliser le terme de « *facultés d'option* »³⁴³.

³³⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, PUF, 2016, p. 285.

³⁴⁰ F. Terré et Ph. Simler, *op. cit.*, n°47 : « *il comporte trois éléments : le créancier, sujet actif du droit, le débiteur, sujet passif, et la prestation, objet du droit* ».

³⁴¹ I. Najjar, *op. cit.*, n°13.

³⁴² V. *infra* n°343 et s.

³⁴³ Terme impropre, tel que nous le verrons. V. *infra* n°181 et s.

156. Entre le moment de l'engagement et de l'exercice de l'option, les parties se trouvent en situation d'attente. Durant cette phase, le créancier ne saurait pouvoir réclamer du débiteur bénéficiant de l'option l'exécution de l'un des objets de l'obligation. Réciproquement, lorsque l'option est accordée au créancier, le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir telle branche de l'obligation et le contraindre, de fait, à exercer son choix.

157. De plus, le droit d'option ne crée pas *per se* une inaliénabilité ou une indisponibilité conventionnelle³⁴⁴ à l'encontre du débiteur destiné à l'empêcher d'aliéner un bien objet de l'obligation dont il est propriétaire. Cette charge ne peut résulter que de la convention des parties et non du droit d'option. Dans cette hypothèse, une éventuelle aliénation de l'un des objets de l'obligation serait constitutive d'un manquement contractuel engageant la responsabilité contractuelle du débiteur³⁴⁵. Ceci est donc totalement indépendant du droit d'option. L'objet du droit d'option est, en effet, de choisir telle ou telle prestation afin de permettre l'exécution de l'obligation et non de créer des obligations à l'encontre de l'une ou de l'autre des parties. En d'autres termes, « *le choix ne vise que les prestations et s'exerce entre elles ; il n'est point ces prestations elles-mêmes* »³⁴⁶.

En somme, le droit d'option n'assujettit pas son titulaire à une dette et réciproquement, n'octroie pas un droit de créance à l'autre partie. Le droit d'option n'est donc ni un droit de créance ni un droit réel mais un droit autonome dépassant ces classifications juridiques. L'originalité du droit d'option se caractérise alors par des caractéristiques qui lui sont propres.

§ 2 : Les caractéristiques propres du droit d'option : une incertitude et une alternative

Le droit d'option se révèle être autonome des droits réels et personnels : il est doté de caractéristiques propres. Avant l'exercice du droit d'option, deux éléments déterminants de la qualification de droit d'option peuvent être mis en exergue : une situation incertaine (A) et une alternative entre au moins deux prestations (B)³⁴⁷. Nous confronterons alors ces deux éléments avec l'option de l'obligation alternative afin de savoir si cette option est un « véritable » droit d'option.

³⁴⁴ Pour une étude complète sur l'indisponibilité conventionnelle, V. notamment : R. Marty, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 et 22 nov. 2000, n°232 et 233, p. 4 et 8.

³⁴⁵ V. infra n°316 et s.

³⁴⁶ I. Najjar, *op. cit.*, n°153.

³⁴⁷ I. Najjar, *op. cit.*, n°30 et s.

A) Une situation juridique à demi incertaine

La situation juridique peut être définie comme : « *l'état dans lequel se trouve une personne sous un rapport déterminé et qui est fondé sur une donnée de fait, peut être diversement caractérisé au regard du droit, mais qui constitue une situation juridique pour peu que certains effets de droit – favorables ou défavorables – lui soient attachés* »³⁴⁸. La notion de situation juridique évoque une situation exacte et juridique en raison des effets reconnus par la loi ou la convention. Le premier élément caractéristique du droit d'option est l'incertitude. Appréhendons brièvement l'incertitude d'une manière générale (1) avant de voir son application à l'obligation alternative (2).

1) L'existence d'une incertitude sur la situation juridique

158. A travers quelques exemples, Monsieur Najjar constate que « *la situation juridique qui précède l'exercice de l'option est une situation d'attente* » : la levée d'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, l'acceptation ou non d'une succession, etc. Il en déduit que « *cette situation d'attente et d'incertitude qui y plane sont à l'origine de certains dangers* »³⁴⁹.

159. Le premier danger identifié est l'immobilisme impliqué par cette situation d'attente. Tant que le titulaire du droit d'option ne s'est pas prononcé, la situation juridique est cristallisée. Dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente, le promettant ne devrait, par exemple, plus pouvoir aliéner son bien. Dans cette situation, le débiteur pourrait être impatient et vouloir échapper à ses obligations en aliénant le bien ou certains actes pourraient être nécessaires à la conservation du bien. Or, à ce stade, Monsieur Najjar indique qu'aucun palliatif ne peut être mis en place afin de forcer le choix du titulaire de l'option. C'est pourquoi il apparaît opportun de stipuler, dans pareille situation, un délai pendant lequel l'option peut être exercée afin de ne pas laisser les parties trop longtemps dans l'expectative.

160. Faute d'obligation mise à sa charge, le titulaire de l'option peut très bien ne pas opter et laisser la relation contractuelle en suspens. Il est patent que si aucune obligation d'opter ne pèse sur le débiteur, il n'en demeure pas moins qu'une nécessité d'opter existe. Sans l'exercice du choix, le rapport contractuel resterait, en effet, cristallisé. Cette phase

³⁴⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 971.

³⁴⁹ I. Najjar, *op. cit.*, n°21.

d'incertitude inhérente au droit d'option doit, ainsi, demeurer temporaire.

Cette phase d'incertitude antérieure à l'exercice du droit d'option existe dans l'obligation alternative mais se révèle moins marquée.

2) Une incertitude mesurée de l'option issue de l'obligation alternative

161. De manière liminaire, la phase d'incertitude énoncée en matière d'obligation alternative ne concerne pas l'engagement ou non des parties mais bien l'objet de l'obligation qui devra être exécuté par le débiteur. L'obligation alternative crée une période d'incertitude entre le moment de l'accord des parties jusqu'au moment où le droit d'option va être exercé. Cette situation d'attente est génératrice d'une incertitude quant au mode d'exécution de l'obligation. Cette phase d'incertitude cessera dès lors que le titulaire du droit d'option aura déterminé la prestation, qui sera exécutée par le débiteur. Ainsi, lorsqu'une donation alternative est consentie par un donateur à un donataire, une incertitude existe entre le moment de l'acte de donation et l'exercice du droit d'option, généralement par le donateur, s'agissant de l'objet de l'obligation qui sera transféré à titre gratuit au donataire. L'incertitude peut être qualifiée de « mesurée », au sens où elle n'affecte que l'objet de l'obligation et non l'obligation en elle-même.

162. Cette phase d'incertitude peut engendrer des conséquences sur la nature de l'obligation, dans l'hypothèse où les prestations prévues ne sont pas de même nature (par exemple, une branche de l'obligation porterait sur une prestation mobilière et l'autre sur une prestation immobilière)³⁵⁰. Tant que le titulaire de l'option n'a pas exercé son droit, l'obligation reste, en effet, indéterminée et incertaine. Dès lors, la nature de cette obligation demeure en suspens jusqu'au jour de l'exercice de l'option³⁵¹. L'incertitude ne sera que temporaire : elle n'existera que jusqu'à cet exercice. En outre, les dangers évoqués par Monsieur Najjar, s'agissant de l'acception générale du droit d'option, sont relativement maîtrisés au sujet de l'exercice du droit d'option de l'obligation alternative³⁵².

³⁵⁰ G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°90.

³⁵¹ V. infra n°399 et s.

³⁵² Nous verrons que le Code civil prévoit des dispositions en cas de refus par l'une des parties d'exercer le droit d'option : V. infra n°313 et s.

Le critère de l'incertitude se révèle, en conséquence, moins marqué au cas de l'obligation alternative. L'enjeu de l'option ne concerne pas l'engagement des parties qui est scellé mais le choix de la modalité d'exécution de l'obligation. De plus, cette incertitude est mesurée, en raison de la précision, par les parties d'une alternative entre deux ou plusieurs prestations.

B) Une alternative entre deux ou plusieurs prestations

163. L'incertitude créée par le droit d'option implique un choix entre deux prestations, deux actes ou entre un acte et un fait juridique. A défaut d'une telle alternative entre deux ou plusieurs prestations, il ne saurait s'agir d'un véritable droit d'option. Dans le cas du droit d'option d'origine conventionnelle, les cocontractants ont la possibilité de prévoir à l'avance les termes de l'alternative à laquelle le titulaire du choix va pouvoir opter. Sous réserve de respecter l'ordre public, les cocontractants bénéficient d'une liberté totale dans leur engagement et leur stipulation contractuelle aura force obligatoire, au sens de l'article 1103 du Code civil.

164. Comme son nom l'indique, l'obligation alternative confère à l'une des parties une alternative entre l'un des objets de l'obligation³⁵³. La flexibilité conférée aux parties par cette alternative peut porter sur deux ou plusieurs prestations. En raison de sa nécessaire prévisibilité contractuelle, les branches de l'alternative seront stipulées *ab initio* dans l'engagement des parties. A défaut, la qualification d'obligation alternative ne saurait être retenue.

165. L'existence d'une alternative entre deux ou plusieurs prestations implique des conséquences quant aux actions en justice qui pourraient être diligentées par le créancier. Une distinction doit être faite, selon que le droit d'option appartient au débiteur ou au créancier. Dans le premier cas, le créancier doit demander, dans son acte introductif d'instance, les deux prestations comprises dans l'obligation, puisqu'il ne peut pas opter à la place du débiteur³⁵⁴. Comme l'énonce Pothier, « *les choses comprises dans une obligation alternative sont toutes dues, sans néanmoins qu'aucune soit due déterminément, il suit (...) que pour que la demande du créancier soit régulière, il doit demander les deux choses, non pas à la vérité*

³⁵³ V. supra n°104 et s.

³⁵⁴ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II *Obligations – Contrats – Responsabilité, Droits réels, Biens-Propriété*, LGDJ, 1957, n°1307.

conjointement, mais sous l'alternative sous laquelle elles lui sont dues. S'il demandait seulement une de ces choses, sa demande ne serait pas régulière, puisqu'aucune des deux ne lui est due déterminément ; mais les deux lui sont dues sous une alternative »³⁵⁵. Dans le second cas, le créancier peut se contenter de demander l'une ou l'autre prestation, l'acte introductif d'instance valant alors exercice de son droit d'option.

166. De fait, l'incertitude inhérente au droit d'option issu de l'obligation alternative ne peut être que relative au sens où l'incertitude ne concerne que l'option de l'une des branches de l'alternative. Le droit d'option ne pourra s'exercer que sur l'une des prestations de l'obligation alternative. L'arrêt rendu le 9 avril 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation³⁵⁶ permet d'illustrer les deux éléments caractéristiques du droit d'option en matière d'obligation alternative. En l'espèce, des personnes physiques avaient acheté un forfait touristique auprès d'une agence de voyages dans le cadre d'un séjour en Egypte. L'agence de voyages s'était engagée à fournir, au choix de ses clients, une journée libre au Caire en demi-pension ou une excursion à Alexandrie. Suite à la survenance d'un accident dans l'excursion choisie, cette prestation a donné lieu à discussion pour savoir si elle était incluse dans l'obligation de l'agence de voyages et, plus généralement, si elle devait revêtir la qualification d'obligation alternative. Si l'excursion n'était pas incluse dans l'obligation, l'agence n'était pas responsable ; tandis que, dans l'affirmative, sa responsabilité de plein droit était engagée. La Cour de cassation a affirmé que les deux modalités et le prix de ces prestations étaient intégrés dans le champ contractuel et que le choix de l'acheteur participait de l'attrait du voyage. Dès lors, l'agence de voyages s'était engagée au moyen d'une obligation alternative à effectuer l'une des deux excursions prévues lors de la conclusion du contrat, selon le choix des voyageurs. La prestation de l'agence de voyages était alors incertaine et alternative, jusqu'au dénouement du choix par ses clients.

167. Cette illustration permet de mettre en exergue la flexibilité que confère l'obligation alternative aux parties quant au choix des prestations à réaliser. Cette flexibilité contractuelle est d'autant plus opportune, dans les contrats empreints d'un régime juridique rigide, comme peut l'être le contrat de vente de voyages à forfait. Aussi, la détermination d'une obligation

³⁵⁵ R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°248.

³⁵⁶ Cass. 1^{er} civ., 9 avr. 2015, n°14-15377, *JCP éd. G* n°26, 29 juin 2015, 760, note Ch. Lachière.

alternative au moment de l'accord des parties participe d'une certaine sécurité juridique³⁵⁷, dans la mesure où les prestations sont convenues en amont.

168. Partant de ces deux éléments caractéristiques, Monsieur Najjar définit le droit d'option comme : « *une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine et cela suivant une alternative précise et prévisible* »³⁵⁸. Ainsi, partageant cet avis, nous considérons que le droit d'option contenu dans l'obligation alternative est un « véritable » droit d'option.

Si le droit d'option est l'élément caractéristique de l'obligation alternative, il en est de même du droit facultatif issu de l'obligation facultative.

Sous-Section 2 : L'existence d'un droit facultatif en matière d'obligation facultative

Dans le langage courant, la faculté désigne « *la liberté d'agir octroyée ou concédée à quelqu'un mais encore la possibilité d'option en vue d'une situation juridique* »³⁵⁹. Le trait caractéristique de l'obligation facultative est d'octroyer une faculté au débiteur de se libérer en choisissant l'objet subsidiaire contenu dans l'obligation. La notion de faculté imprègne la notion même d'obligation facultative. Toutefois, en examinant la notion de faculté dégagée par la doctrine et la jurisprudence, il s'avère que l'utilisation de cette notion doit être rejetée s'agissant de l'obligation facultative (§1) en faveur de l'existence d'un droit facultatif de se libérer (§2).

§ 1 : Le rejet de la notion de faculté

La notion de faculté a fait l'objet de diverses définitions doctrinales. Elle est, depuis longtemps, une notion obscure plus ou moins mythifiée³⁶⁰. Avant d'envisager que la faculté légale est avant tout une prérogative juridique (B), il convient d'exclure les emplois inopportuns du terme « faculté » par la doctrine et la jurisprudence (A).

³⁵⁷ H. et L. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n°10 : « *la sécurité juridique (...) suppose la possibilité, pour les personnes, de prévoir les conséquences de leurs actes* ».

³⁵⁸ I. Najjar, *op. cit.*, n°45.

³⁵⁹ Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

³⁶⁰ I. Najjar, *op. cit.*, n°48 bis.

A) Les emplois inopportuns du terme « faculté » par la doctrine et la jurisprudence

Le terme « faculté » est utilisé dans différentes hypothèses et à différentes fins par la doctrine et la jurisprudence, lesquelles ont pu considérer que la faculté devait être assimilée à un pouvoir de fait (1) puis à un droit imprescriptible (2).

1) L'absence d'assimilation de la faculté à un pouvoir de fait

169. Les facultés ont d'abord été analysées comme étant une possibilité ou un pouvoir de fait s'opposant au droit. En ce sens, la faculté serait dépourvue de droit d'action, au contraire de toute obligation imposée à autrui. Troplong soutenait que les facultés sont « *aussi inviolables que la liberté même qui les met en action* »³⁶¹ et sont, de fait, non parce qu'elles ne supposent pas d'action, mais parce qu'elles s'exercent seulement contre nous-mêmes et contre les tiers. « *Les facultés sont les moyens que l'individu possède pour parvenir à sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire (...) elles constituent la capacité civile ; c'est une puissance, une vertu que chaque individu peut mettre en action* », ajoute cet auteur³⁶².

170. Il en serait ainsi des pouvoirs découlant d'usages mondains ou d'obligations naturelles. Or, ces usages ou ces obligations ne peuvent être considérés comme des droits, dans la mesure où ils sont dépourvus de toute action en justice, s'ils sont inexécutés par une personne. Par exemple, un débiteur de dette de jeu ne peut être contraint en justice d'exécuter ses dettes. Seuls des engagements d'honneur, de conscience, etc., peuvent l'inciter à s'exécuter. En outre, une autre situation consisterait pour le vendeur à transmettre une seconde fois une propriété déjà vendue mais dont la vente n'a pas été transcrite, à savoir n'a pas été publiée au registre de la publicité foncière. L'hypothèse est la suivante : le propriétaire d'un immeuble A vend un immeuble à B, mais dont la vente n'est pas transcrite et revend l'immeuble à C. Les auteurs se sont fondés sur la jurisprudence pour considérer que le vendeur avait la faculté de transmettre son bien à un tiers acquéreur en raison de l'absence de transcription de l'acte³⁶³. Un auteur a, ainsi, pu parler « *d'état dégradé du droit* »³⁶⁴. Ces usages mondains ou ces obligations naturelles ne peuvent correspondre à la faculté afférente à l'obligation facultative.

³⁶¹ Troplong, *De la prescription*, t. 1, 1835, n°112 et s.

³⁶² Troplong, *op. et loc. cit.*

³⁶³ Req., 1^{er} déc. 1902, *D.* 1904.1.5.

³⁶⁴ H. Lecompte, *op. cit.*, p. 41.

171. La faculté ne saurait, cependant, se réduire à un simple pouvoir de fait, en raison des multiples applications faites par le Code civil. « *Le mot faculté a certainement un sens dans le langage du droit ; le réduire à l'état de simple fait, c'est perdre de vue qu'en droit, les faits n'ont d'intérêt qu'autant qu'ils sont à la base de situations juridiques* »³⁶⁵. Dès lors, l'utilisation du terme « faculté » se révèle impropre, lorsqu'il est évoqué, dans le langage courant, cette possibilité de fait, telle qu'une invitation à déjeuner faite à un collègue de travail.

172. L'utilisation du mot « faculté » est également inadaptée pour évoquer les actes de pure faculté et de simple tolérance, prévus par l'article 2262 du Code civil. Cet article dispose que : « *les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription* ». Cet article s'intègre dans les dispositions du Code civil relatives à la prescription acquisitive ou à l'usucapion, à savoir dans les dispositions relatives à la formation d'un droit. Il s'agit, par exemple, de la possibilité donnée à un voisin de passer sur son terrain pour lui faire gagner du temps. La rédaction même de l'article 2262 du Code civil confirme que le domaine juridique ne s'intéresse pas à ces actes de pure faculté.

Il ressort clairement que ces situations donnent lieu à des actes matériels et que l'utilisation du terme « faculté » est inappropriée. En droit, la faculté ne saurait être appréhendée sous cet aspect matériel. La doctrine a ensuite proposé de retenir comme critère de qualification à la notion de faculté celui de l'imprescriptibilité.

2) Le rejet du critère fondé sur l'imprescriptibilité

173. Lecompte considère que le terme « faculté » « *doit être réservé uniquement aux pouvoirs juridiques de l'homme qui se révèlent comme l'accessoire, soit d'un droit complexe imprescriptible, soit d'un état permanent, c'est-à-dire aux droits qui ne sont point sujets à prescription extinctive* »³⁶⁶. Il énonce ainsi que la distinction entre les droits et les facultés réside dans la prescriptibilité ou dans l'imprescriptibilité. Les doctrines antérieures³⁶⁷ et

³⁶⁵ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, thèse Paris, 1963, n°21.

³⁶⁶ H. Lecompte, *op. cit.*, p. 59.

³⁶⁷ V. notamment : R. Pothier, *Traité de la prescription*, vol XI., art. 1819, titre XIV, n°6 et s. ; Dunod, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens de l'Eglise et des diximes*, 4^{ème} éd., 1763, p. 80 et s.

postérieures³⁶⁸ à la promulgation du Code civil considèrent que les droits seraient des prérogatives prescriptibles, alors que les facultés seraient des prérogatives imprescriptibles. Cette distinction fondée sur la prescription est-elle avérée alors que certains droits, dont le droit de propriété, sont perpétuels ? Pareillement, certaines prérogatives peuvent être qualifiées de faculté alors même qu'elles sont prescriptibles. Nous pouvons citer la faculté pour un héritier d'accepter ou de refuser la succession³⁶⁹.

174. Pour fonder cette imprescriptibilité, il est mis en exergue le fait que la faculté réside dans « *un titre qui se renouvelle chaque jour, qui garantit soit une situation générale commune à tous ou à plusieurs soit des besoins permanents et renouvelables. Le droit au contraire, est donné à l'occasion d'un fait ou d'une situation passagère, d'un événement non renouvelable. Ainsi, la faculté est un droit, et ce droit garantit des besoins permanents* »³⁷⁰. Ces droits se renouvelleraient constamment tant qu'existent les situations de fait auxquelles ils se rattachent³⁷¹. Cela étant, force est de constater que l'imprescriptibilité ne s'applique pas seulement aux facultés : elle concerne également tous les droits fondamentaux d'une personne. La faculté résulte d'une liberté ou d'un droit de propriété. A titre d'illustration, le droit d'aller et venir, le droit de construire, de planter, de fouiller son terrain, d'acquérir la mitoyenneté du mur voisin, etc., évoquent des hypothèses de faculté. Dès lors, la faculté ne peut pas être considérée comme étant une prérogative autonome.

La faculté est certainement une prérogative juridique mais son autonomie par rapport à la situation juridique principale demeure difficile à démontrer.

³⁶⁸ M.-L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. III, art. 1101 à 1386, art. 1192, 1885, p. 170 ; Vazeilles, *Traité des prescriptions*, t. I, 1832, 56 et s ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXXII, 3^{ème} éd. 1878, n°227 et s.

³⁶⁹ C. civ., art. 768.

³⁷⁰ H. Lecompte, *op. cit.*, p. 57.

³⁷¹ G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, 4^{ème} éd. 1924, n°157.

B) Une prérogative juridique dépendante d'un droit

Lecompte regroupe les facultés soit en faculté d'acquisition soit en droits facultatifs³⁷².

175. La faculté légale tend, d'une part, à la création d'une situation juridique nouvelle. Par exemple, l'article 999 du Code civil offre à un citoyen français résidant à l'étranger deux possibilités pour rédiger ses dispositions testamentaires : soit par acte sous seing privé soit par acte authentique, en respectant les formes prescrites par le pays où il réside. La loi elle-même offre un choix entre différents partis, lequel choix se place dans le cycle de formation de la situation juridique. D'autre part, les droits facultatifs permettent à leurs titulaires de les exercer ou non et sans risque de les perdre à raison de la survenance d'une prescription extinctive. Cet exercice est purement facultatif pour le titulaire qui est libre de l'utiliser ou non.

176. Ainsi, la « véritable faculté » serait celle qui tend à la création d'une situation juridique nouvelle et se révèle imprescriptible. Il s'agit dans ce cas de facultés créées par la loi elle-même d'où l'utilisation de l'expression « facultés légales ». A l'appui de la définition donnée par Roubier, nous pouvons définir la faculté de la manière suivante : « *la faculté constitue un choix ouvert par la loi entre différents partis déterminés, qui permet à son bénéficiaire de faire naître (ou d'empêcher de faire naître) une situation juridique nouvelle* »³⁷³. L'autre série d'hypothèses de « faculté » ne peut pas être qualifiée ainsi en raison de l'existence d'un droit prescriptible sous-jacent intéressant non la conclusion du contrat mais son exécution ou sa disparition. Les « facultés » conventionnelles, quant à elles, sont prescriptibles. Elles ne se rattachent pas à une situation permanente, au contraire des facultés légales, mais à une situation temporaire prévue par la convention. Nous pensons, par exemple, à la vente à réméré³⁷⁴.

177. En conséquence, il convient de circonscrire le terme « faculté » en adoptant une conception stricte afin de ne pas l'utiliser dans des situations courantes sans lien avec les facultés légales. Une distinction entre les facultés légales et les droits facultatifs ressort alors

³⁷² H. Lecompte, *op. cit.*, p. 57 : « *d'une part, les facultés d'acquisition assimilées à un droit général, égal pour tous, inhérent à la personne et subissant des limitations et d'autre part, des droits facultatifs octroyant à leurs bénéficiaires un large droit d'option lui permettant soit de réaliser l'avantage inclus dans ce droit, soit de ne point le faire valoir* ».

³⁷³ P. Roubier, *op. cit.*, p. 164.

³⁷⁴ C. civ., art. 1659 et s.

de cette conception.

178. Une telle distinction a été effectuée par la jurisprudence. Dans un ancien arrêt du 23 janvier 1860, la Cour d'appel d'Agen a jugé qu'il convenait de distinguer les facultés dérivant de la loi et du droit naturel de celles ayant leur origine dans une convention et donc de considérer la faculté comme imprescriptible ou prescriptible³⁷⁵. Dans les décisions postérieures, la Cour de cassation³⁷⁶ n'hésite d'ailleurs pas à utiliser implicitement le terme de droit pour évoquer les facultés conventionnelles, même si, par commodité, elle tend à conserver le terme de faculté. De fait, la jurisprudence ne se situe pas, d'un point de vue terminologique, dans le sillon de la doctrine en considérant que des facultés conventionnelles peuvent exister. La jurisprudence n'attache pas à la notion de faculté la même valeur dogmatique que certains auteurs : le mot « faculté » signifie, en réalité, prérogative. La prérogative³⁷⁷ est définie par la doctrine comme « *un pouvoir d'essence unilatérale accordé à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi, et dont l'usage permet d'influer sur le contrat au stade de sa formation (clause de dédit), de son contenu (clause de fixation unilatérale du prix, clause permettant de modifier unilatéralement l'objet du contrat), de sa dissolution (clause résolutoire de plein droit, clause de résiliation unilatérale), de sa cession (clause d'agrément du cessionnaire), etc.* »³⁷⁸.

Dès lors, le mot « faculté » ne doit pas être employé dans le langage juridique à mauvais escient dans des situations où le choix entre différents partis n'est pas constitutif d'une faculté légale. Si tel était le cas, ce serait rejeter la valeur juridique du terme faculté. L'appréhension de la notion de faculté nous permet de la comparer avec celle habituellement employée en matière d'obligation facultative. Or, il s'avère que l'obligation facultative donne naissance à un droit facultatif et non à une faculté.

³⁷⁵ Agen, 23 janv. 1860, S. 1860.2.318.

³⁷⁶ Req., 24 avr. 1860, S. 1861.1.363 ; Cass. civ., 14 déc. 1863, S. 1864.1.77 ; Cass. 18 déc. 1900, D. 1901.1.251 ; Montpellier, 10 août 1865, S. 1866.2.219 ; Cass. 28 déc. 1889, S. 1891.1.293.

³⁷⁷ Pour des développements au sujet des prérogatives contractuelles à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, V. notamment Ph. Dupichot, « User des prérogatives contractuelles » avec la coll. de J.-D. Bretzner et M. Thomas, *JCP éd. E* n°25, 23 juin 2016, 1375.

³⁷⁸ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^{ème} éd. 2015, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, n°164, p. 167 et s.

§ 2 : La présence d'un droit facultatif

Au regard de la définition retenue de la notion de faculté, la nature de l'obligation facultative postule de rejeter cette notion et de retenir l'existence d'un droit facultatif (A). Ce droit tend à se confondre avec le droit d'option issu de l'obligation alternative, de sorte que les deux notions peuvent être regroupées sous la notion générique de choix (B).

A) L'existence réelle d'un droit facultatif inhérent à l'obligation facultative

179. L'obligation facultative accorde au débiteur le droit de se libérer de ses obligations en choisissant l'objet dit « subsidiaire » de l'obligation facultative. Au cas de l'obligation facultative, la « faculté » accordée au débiteur ne consiste pas à consentir au contrat³⁷⁹, mais à l'adjonction d'un objet subsidiaire. Elle ne tend pas à octroyer un droit nouveau en faveur du débiteur. Le droit pour le débiteur de se libérer d'une autre manière que l'exécution de l'objet principal est déjà acquis depuis la conclusion de sa relation contractuelle avec son créancier. Ce choix offert au débiteur se situe alors en aval de la formation de l'obligation et plus précisément au moment de l'exécution de celle-ci. Il s'agit seulement de l'exercice d'un droit antérieurement acquis, que le débiteur peut ou non exercer. L'exercice du droit facultatif accordé au débiteur ne permet pas de remettre en cause la formation de l'obligation. En revanche, son droit facultatif lui octroie la possibilité de se libérer de ses obligations en exécutant l'objet de l'obligation de son choix. Le débiteur bénéficie alors d'une prérogative qu'il est libre d'user ou de ne pas user, étant précisé que le choix devrait s'orienter vers l'exécution de l'objet principal. Le choix accordé au débiteur porte alors sur les modalités de libération du débiteur et non sur la création d'une situation juridique. Il ne saurait alors s'agir d'une faculté légale, dans la mesure où le droit d'option peut être amené à disparaître par déchéance ou par prescription. Le droit facultatif est par nature prescriptible. Ce droit peut être aussi prévu par une autre source juridique que la loi, telle qu'un contrat. Ainsi, la faculté se distingue du droit facultatif au regard de la prescription extinctive. L'utilisation courante du terme « faculté » se révèle donc inappropriée en présence d'une obligation facultative : celle-ci donne naissance à un droit facultatif.

³⁷⁹ V. supra n°125 et s.

180. Néanmoins, en consacrant l'obligation facultative à l'article 1308 alinéa 1^{er} du Code civil, l'ordonnance du 10 février 2016³⁸⁰ poursuit dans cette voie en utilisant le terme « faculté ». Cela signifie-t-il que le droit facultatif serait devenu une faculté légale ou que le législateur n'aurait pas pris la peine de distinguer entre ces deux termes ? Si l'obligation facultative dérive de la loi, il n'en demeure pas moins que le droit facultatif ne saurait être assimilé à une faculté légale, et ce pour au moins trois raisons. D'une part, la possibilité de se libérer d'une autre manière que d'exécuter l'objet principal serait limitée dans le temps et donc prescriptible. Elle serait, en effet, soumise aux dispositions contractuelles (notamment en matière de délai) relatives à l'exercice du droit facultatif et à la prescription applicable au contrat. D'autre part, une fois encore, le droit facultatif ne donnerait pas naissance à une situation juridique mais participerait du choix des modalités de son exécution. Enfin, l'obligation facultative peut aussi bien dériver de la loi, d'un contrat ou d'une décision de justice. Le droit facultatif constitue, dès lors, le choix afférent au débiteur de l'obligation facultative d'exécuter la prestation subsidiaire prévue par les parties. Ainsi, une donation prévoyant une obligation facultative permet au donateur de se réserver la possibilité d'exécuter son obligation au moyen d'un autre objet préalablement défini. La volonté du donateur d'effectuer une donation au donataire se trouve établie mais il se réserve la possibilité de donner autre chose que l'objet principal à raison du droit facultatif dont il dispose. La donation facultative est notamment utilisée par une personne physique, chef d'entreprise et associé majoritaire, souhaitant transmettre, dans le cadre bien souvent d'un départ à la retraite, tout ou partie de ses titres sociaux à un ou plusieurs de ses enfants³⁸¹. Elle permet au chef d'entreprise de conserver la possibilité de récupérer ses titres sociaux en leur substituant des liquidités, soit pour le cas où l'un des enfants bloquerait le fonctionnement de la société ou ne serait pas capable de gérer celle-ci, soit si lui-même venait finalement à décider de céder son entreprise à un tiers³⁸².

³⁸⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

³⁸¹ X. Bouché et X. Guédé, « Les donations optionnelles englobent les donations alternatives et facultatives », *JCP éd. N* 2002.49 ; H. Lécuyer, « Observations sur les donations alternative et facultative », *Dr. famille* avr. 1999, p. 4 ; R. Gentilhomme, « Les donations complexes », *JCP éd. N* 2006.1353 ; F. Lejeune, « Donations facultatives : une souplesse adaptée à un monde qui change », *Dr. et patr.* 2008, n°170, p. 22-23 ; X. Boutiron, « Les donations alternatives et facultatives », *Dr. et patr.* 2008, n°174, p. 64-68.

³⁸² M. Grimaldi et R. Gentilhomme, « La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *LPA* 3 juin 1999, n°110, p. 11.

Le droit facultatif dont bénéficie le débiteur en matière d'obligation facultative semble alors se rapprocher de l'option accordée à l'une des parties en matière d'obligation alternative, au point où nous pouvons regrouper le droit facultatif et le droit d'option sous la notion générique de choix.

B) L'existence commune d'un choix en matière d'obligation disjonctive

181. Roubier tend à considérer que les notions d'option et de faculté se confondent en voyant dans la faculté « *une sorte de possibilité légale d'option en vue de la création d'une situation juridique* »³⁸³. Il semble les assimiler en employant indifféremment les termes d'option et de faculté. Or, nous avons exclu l'existence de la notion de faculté en matière d'obligation facultative en faveur de la notion de droit facultatif. C'est pourquoi nous procéderons à cette analyse en comparant le droit d'option résultant de l'obligation alternative et le droit facultatif afférent à l'obligation facultative. Il s'agira de savoir si le droit facultatif peut être considéré comme étant un droit d'option.

182. Selon la définition donnée par Monsieur Najjar³⁸⁴, le droit d'option est caractérisé par deux éléments : une incertitude et une alternative. Le droit d'option et le droit facultatif dérivent de la volonté des parties et confèrent au débiteur ou au créancier un droit de choisir la prestation à réaliser. Le droit d'option suppose l'existence d'une incertitude et la nécessité d'effectuer un choix³⁸⁵ entre des alternatives prévues à l'avance et portant sur la prestation. Telle est aussi l'hypothèse du droit facultatif. Certes, dans une acception stricte, le droit facultatif ne crée pas une incertitude et une alternative et ne saurait, dès lors, être assimilé au droit d'option. Toutefois, dans les faits, tel peut être le cas. Dans une conception élargie, la possibilité accordée au débiteur de se libérer de ses obligations en choisissant en lieu et place de l'objet principal l'objet subsidiaire donne naissance à une incertitude et à une alternative factuelles. Cette incertitude est avant tout subjective et ressort davantage de la situation dans laquelle sont placées les parties que du point de vue du caractère *in obligatione* de l'obligation. Le créancier ne sait pas avec certitude quel objet de l'obligation sera choisi par le débiteur, même si une « sorte de présomption » en faveur de l'objet principal existe. Quant au

³⁸³ P. Roubier, *op. cit.*, p.163.

³⁸⁴ I. Najjar, *op. cit.*, n°45 : « *une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté de modifier une situation juridique incertaine et cela suivant une alternative précise et prévisible* ».

³⁸⁵ dans le dessein que l'exécution de l'obligation ne soit pas paralysée.

débiteur, sa situation n'est pas moins certaine, dans la mesure où pour diverses raisons, il peut choisir d'exécuter l'objet subsidiaire dans le dessein de se libérer. Le débiteur bénéficie de la possibilité de choisir l'objet subsidiaire mais il peut très bien rester passif (choix tacite) sans que cela n'empêche l'exécution de l'obligation et sa libération. Il devra alors exécuter l'objet principal de l'obligation.

183. De fait, le débiteur se trouve face à une alternative entre deux ou plusieurs prestations distinctes. Dans un arrêt du 21 mars 1891, la Cour d'appel de Douai³⁸⁶ a mis en exergue le mécanisme de l'obligation facultative. En l'espèce, une société a cédé à une autre la voie ferrée dont elle était concessionnaire en contrepartie du paiement d'un prix de 798 000 francs avec un crédit vendeur. L'acheteur disposait de la faculté, à chaque échéance, de se libérer de son obligation de payer le prix par la remise de bons représentant des obligations émises par le vendeur. Le vendeur a alors mis en place une opération de délégation imparfaite selon laquelle les porteurs de bons pouvaient demander le paiement du solde du prix directement à l'acheteur. Outre un litige concernant le privilège du vendeur, un contentieux survient quand l'un des porteurs demande à l'acheteur le remboursement de ses obligations, que ce dernier refuse en proposant d'autres obligations d'un montant équivalent à sa créance. Le porteur assigne l'acheteur afin de lui demander le paiement de sa créance de 6 000 francs. Statuant après renvoi en cassation, la Cour d'appel juge que : « *le créancier d'une obligation facultative ne peut réclamer que la chose qui est comprise dans l'obligation, que, par suite, la justice ne peut statuer que sur la chose qui fait seule l'objet de la demande du créancier ; qu'il appartient, d'ailleurs, au débiteur, d'arrêter, avant toute condamnation, l'action légitime du créancier, par une offre satisfaisante de l'objet qui est in facultate solutionis, s'il entend user de la faculté qui lui est accordée* ». Même si l'utilisation de la notion de faculté est impropre, elle rappelle que l'obligation facultative naît de l'accord des parties et que seul le débiteur bénéficie de ce droit. De plus, le créancier d'une obligation facultative ne peut réclamer en justice que la prestation principale *in obligatione*, au contraire du créancier d'une obligation alternative dont le choix serait laissé au débiteur. Toutefois, le droit facultatif du débiteur peut être exercé jusqu'à sa condamnation par la juridiction concernée. En l'espèce, le débiteur n'ayant pas exécuté la prestation subsidiaire consistant à remettre les bons à son créancier, la Cour d'appel de Douai a retenu qu'il devait s'acquitter du paiement de la somme d'argent. Une incertitude existait, cependant, quant au mode de libération du débiteur.

³⁸⁶ Douai, 21 mars 1891, *D.* 1891.549.

L'incertitude engendrée par l'existence du choix relatif à l'exécution de l'obligation permet de rapprocher le droit d'option et le droit facultatif.

184. En outre, le droit d'option et le droit facultatif comportent d'autres similitudes. L'un et l'autre de ces droits doivent être *ab initio* clairement stipulés dans l'engagement des parties afin de naître juridiquement. A défaut, il ne saurait y avoir de choix dans l'exécution des prestations. Enfin, lorsque les parties le prévoient, le choix est destiné à octroyer de la flexibilité aux parties postérieurement à la formation de leur obligation.

185. En raison de leurs caractéristiques communes, le droit d'option et le droit facultatif peuvent être regroupés dans la notion générique de choix. Le choix octroyé à l'une des parties concerne le mode d'exécution de leur obligation. Il paraît, dès lors, approprié d'utiliser la notion de choix en matière d'obligation disjonctive afin de désigner le droit d'option et le droit facultatif.

186. Lors de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016³⁸⁷, cette notion de choix a été utilisée par le Gouvernement mais à mauvais escient, à l'instar d'ailleurs des projets de réformes antérieurs, à savoir l'avant-projet Catala³⁸⁸ et le projet de la Chancellerie³⁸⁹. S'agissant de l'obligation facultative, l'article 1308 alinéa 1^{er} du Code civil évoque le terme « faculté » ; alors que le choix est repris aux articles 1307 et suivants du Code civil concernant l'obligation alternative. A l'aune des notions d'option, de droit facultatif, de faculté et de choix, ces textes sont relativement imprécis au sujet de l'obligation alternative et de l'obligation facultative. L'analyse de ces notions et l'intérêt que revêt l'obligation disjonctive méritent qu'une exacte terminologie juridique soit intégrée dans les dispositions du Code civil. Soit il est indiqué l'expression « droit d'option » pour l'obligation alternative et l'expression « droit facultatif » pour l'obligation facultative, soit le terme « choix » est généralisé à ces deux obligations disjonctives en le traitant, par exemple, de manière liminaire à l'étude de ces deux modalités.

³⁸⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

³⁸⁸ Art. 1189, 1190, 1191, 1192 al. 1, 1193 al. 1, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala : cet avant-projet a été remis à la Chancellerie fin 2005, Partie relative « aux obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives », par M. Le Professeur J.-J. Taisne.

³⁸⁹ Art. 17, 18, 19 al. 1, 20 al. 1, Document de travail relatif à un avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013.

Ainsi, nous emploierons le terme « choix » pour désigner ensemble le droit d'option et le droit facultatif dès lors qu'ils présenteront les mêmes caractéristiques. La nature du choix se révèle particulière, car le choix octroie à son bénéficiaire un droit potestatif sur la prestation à exécuter par le débiteur.

Section 2 : Le choix, un droit potestatif valable

Le choix suppose que son bénéficiaire soit tacitement ou expressément désigné, lors de la formation de l'obligation, afin que l'obligation disjonctive puisse exister (Sous-Section 1). Ce dernier bénéficiera d'une prérogative unilatérale particulière (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La désignation tacite ou expresse du bénéficiaire du choix

Le choix nécessite son rattachement à un sujet de droit, à savoir l'une des parties de l'obligation disjonctive. L'identité du bénéficiaire du choix requiert de traiter différemment le bénéficiaire du droit facultatif et le bénéficiaire du droit d'option.

187. Le bénéficiaire du droit facultatif inhérent à l'obligation facultative est nécessairement le débiteur. L'article 1308 alinéa 1^{er} du Code civil l'énonce clairement : « (...) *le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre (prestation)* ». Ce droit ne peut être accordé au créancier par convention, sauf à dénaturer la notion même d'obligation facultative. Il constitue un avantage indéniable octroyé exclusivement au débiteur, lequel pourra se libérer en exécutant une prestation subsidiaire. C'est d'ailleurs à ce sujet que certains auteurs considèrent notamment que l'obligation facultative présente plus d'intérêts que l'obligation alternative³⁹⁰.

188. S'agissant de l'obligation alternative, l'article 1307-1 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : « *Le choix entre les prestations appartient au débiteur* ». Nous pouvons constater que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016³⁹¹ a modifié la rédaction de cet article relatif au titulaire du

³⁹⁰ G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, n°1309 et 1310.

³⁹¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

choix. La mention « *sauf disposition légale ou clause contraire* » qui figurait dans le projet d'ordonnance du 25 février 2015 au même article mais aussi en substance dans l'ancien article 1190 du Code civil n'a pas été reprise. Le rapport au Président de la République n'y fait aucune allusion. Cela signifie-t-il que le choix de l'obligation alternative appartient désormais exclusivement au débiteur ? Nous ne le pensons pas, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, aucune raison légitime ne justifierait de modifier le mécanisme même de l'obligation alternative en supprimant au créancier le bénéfice du choix. Le Gouvernement ne se serait pas attaché à consacrer l'obligation facultative au sein du Code civil s'il avait souhaité rapprocher davantage l'obligation alternative de l'obligation facultative. Puis, il semble que les dispositions de l'ordonnance soient supplétives de volonté³⁹², sauf disposition contraire, comme l'évoque le rapport au Président de la République. Ainsi, nous estimons qu'il aurait été redondant de conserver cette mention. En l'absence du caractère d'ordre public de cet article, la liberté contractuelle proclamée à l'article 1102 du Code civil permet aux parties de stipuler dans leur contrat que le choix inhérent à l'obligation alternative est conféré au créancier³⁹³. Ensuite, les articles 1307-1 alinéa 2 et 1307-4 du Code civil relatifs à l'obligation alternative énoncent sans équivoque le fait que le créancier puisse être titulaire du choix. Enfin, l'article 1307-1 alinéa 1^{er} du Code civil paraît être une application de la règle générale posée à l'article 1190 du Code civil selon lequel : « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Le Gouvernement a entendu protéger le débiteur de l'obligation en cas de doute quant à l'interprétation du bénéficiaire de l'option. Ainsi, lorsqu'un débiteur s'est engagé alternativement à telle ou telle prestation, il lui appartient en principe de choisir la manière dont il souhaite s'exécuter. Toutefois, même s'il appartiendra éventuellement à la Cour de cassation d'être saisie de cette question, nous considérons que le choix peut toujours être dévolu au créancier, si l'accord des parties le prévoit.

189. Sur le fondement de l'ancien article 1190 du Code civil, une illustration de la stipulation relative au bénéfice du créancier du choix en matière d'obligation alternative nous est donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 mai 1974³⁹⁴. En l'espèce, le 19 août 1963, la société Seven Arts a obtenu de l'acteur Alain Delon et de la société Variety,

³⁹² En ce sens, V. notamment : C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP éd. G* n°16, 18 avr. 2016, 454 ; « Ordonnance réformant le droit des contrats », *BRDA* 4/16, n°4.

³⁹³ C'est en ce sens que se prononce également un auteur : B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats, Dossier Pratique, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016, n°1040.

³⁹⁴ Paris, 28 mai 1974, *D.* 1974.685, concl. J. Cabannes.

concessionnaire des services de ce dernier, la conclusion d'un contrat comprenant la stipulation d'une obligation alternative au profit du producteur : l'acteur s'était engagé soit à tourner deux films soit à tourner un film seulement en versant une indemnité au producteur. En tant que créancier de l'obligation, le producteur choisit la seconde branche de l'alternative, ce qui a contraint Alain Delon à payer la somme convenue.

190. La Cour de cassation a fait preuve d'une grande souplesse dans l'interprétation de l'ancien article 1190 du Code civil et notamment s'agissant du caractère exprès du choix. Dans l'arrêt du 17 juillet 1929³⁹⁵ (même si nous avons soutenu que l'option de change n'est pas assimilable à une obligation alternative³⁹⁶), la Cour de cassation a fait une interprétation large de cet article en affirmant que : *« en admettant que par hypothèse que l'obligation contractée par le Banco el Hogar fût une obligation alternative, il reste incontestable que l'art. 1190, qui dispose qu'en cas d'obligation alternative le choix appartient au débiteur, n'est qu'une interprétation présumée de la volonté des parties et qu'il doit être écarté si la volonté des parties paraît différente. Attendu que la Cour de Paris, prenant en considération les accords des parties et les circonstances dans lesquelles ils sont intervenus, déclare que dans l'intention des parties l'option annoncée par la société ne pouvait être mise qu'à la disposition des prêteurs, qui, jamais, n'ont renoncé à la stipulation dont le bénéfice leur était concédé »*. En d'autres termes, lorsque la volonté des parties n'est pas claire, la Cour de cassation admet que la désignation du titulaire du droit d'option puisse résulter implicitement de leur volonté. Cette tacite volonté peut être recherchée dans les circonstances de l'espèce et d'après les obligations mises à la charge des contractants. Il convient, en réalité, de comprendre de l'adverbe *« expressément »* comme l'absence de doute quant à l'intention des parties de conférer à l'une d'elles le choix. Cette interprétation corrobore la souplesse conférée par l'obligation disjonctive. La recherche de l'identité du titulaire du droit d'option constitue alors une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. En application de l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation ne semble pas exercer de contrôle quant à la recherche de l'identité du titulaire du droit d'option, sauf si les juges du fond dénaturent l'engagement des parties.

³⁹⁵ Req., 17 juill., 1929, DP 1929.1.143, rapport Bricout ; S.1930.1.80.

³⁹⁶ V. supra n°113.

191. Enfin, le bénéficiaire du droit d'option en matière d'obligation alternative est nécessairement soit le créancier soit le débiteur. D'une part, cette dualité ressort formellement de l'ancien article 1190 du Code civil, lequel n'envisageait pas un autre bénéficiaire. Si les dispositions des articles 1307 et suivants du Code civil se révèlent moins précises que les précédentes, il n'en demeure pas moins que les références faites à « l'autre partie » contribuent notamment à considérer que le bénéficiaire ne peut être que le créancier ou le débiteur. D'autre part, l'essence de cette modalité de l'obligation postule que le droit d'option appartienne au débiteur ou, en cas de stipulation contractuelle, au créancier. Enfin, trouve également à s'appliquer le principe énoncé à l'article 1203 du Code civil selon lequel « *on ne peut stipuler que pour soi-même* ». Le droit d'option est le monopole de l'une des parties. Il est alors rattaché à la personne même du sujet de droit. A défaut, l'obligation ne pourra pas être considérée comme étant une obligation disjonctive. Il constitue un droit subjectif³⁹⁷, au sens où il va permettre à son bénéficiaire de pouvoir exiger d'une personne déterminée quelque chose.

192. Conçu comme un moyen de flexibilité accordée aux parties quant à l'exécution de l'obligation, il est évident que ce droit d'option ne peut être laissé à un tiers à la convention ou dépendre d'un événement extérieur. Si tel était le cas, la qualification même d'obligation alternative serait remise en cause, pouvant tendre vers une requalification en une obligation conditionnelle³⁹⁸ ou en une convention *sui generis*. A cet égard, il convient d'exclure de cette qualification l'obligation, en cas de divorce, pour l'un des époux de payer la pension alimentaire d'un enfant, telle que l'énoncent les articles 210 et 211 du Code civil. L'article 210 dudit Code prévoit l'hypothèse où le débiteur de la pension ne dispose pas des moyens financiers de l'acquitter et lui permet de s'exécuter en nature, après justification de son absence de moyens, en hébergeant, nourrissant et entretenant l'enfant. Outre le caractère subsidiaire de cette prestation, le choix entre ces modalités n'est pas conféré à l'une des parties mais au juge aux affaires familiales. Il en est de même de l'article 211 du Code civil énonçant une situation analogue. Ces articles ne sauraient donc instaurer une obligation alternative à l'encontre de l'un des parents.

³⁹⁷ Pour plus de développements sur la notion de droit subjectif, V. notamment : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2015, n°202 et s. ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 15^{ème} éd. 2015, n°337 et s. ; L. Duguít, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit, Le problème de l'Etat*, Paris, 3^{ème} éd. 1927 ; H. Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, RDP 1926, p. 574 ; G. Michaélides-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966.216.

³⁹⁸ V. supra n°137 et s. et V. infra n°199 et s.

193. Dans certaines situations juridiques, l'identité du bénéficiaire du choix paraît relativement étonnante. Par exemple, nous avons mis en exergue³⁹⁹ la possibilité pour l'acquéreur de choisir la sanction applicable en matière de rescision pour lésion, alors qu'il est en faute d'avoir acheté un immeuble à un prix déséquilibré. L'obligation alternative offre, dans cette hypothèse, un choix à la personne fautive : il peut choisir de restituer l'immeuble ou bien de payer un supplément de prix. La stipulation d'une obligation alternative dans des contrats d'émission d'obligations convertibles en actions permet tout à la fois de laisser le choix au débiteur ou au créancier et de déterminer le sort du remboursement des obligations à leur échéance : paiement en numéraire ou attribution d'actions de la société. Le fait même de l'existence d'un choix au moment de l'exécution de l'obligation se révèle étonnant, au sens où les obligations des parties dotées d'une modalité disjonctive ne sont pas figées quant au mode d'exécution. A travers cette modalité de l'obligation, une certaine souplesse est conférée à l'exécution de l'obligation du débiteur, et plus généralement au rapport contractuel, dans un domaine qui en est habituellement dépourvu.

En somme, le bénéficiaire du choix de l'obligation disjonctive, et en particulier de l'obligation alternative, doit être de manière non équivoque déterminé⁴⁰⁰, afin de lui permettre de jouir d'une prérogative unilatérale particulière.

Sous-Section 2 : Le choix, une prérogative unilatérale particulière

L'obligation disjonctive confère au titulaire du choix, une fois désigné, une prérogative particulière en ce qu'elle lui confère un droit potestatif sur les prestations (§1) ainsi qu'un pouvoir unilatéral sur celles-ci et l'obligation de nature à conduire à la modification de l'obligation, voire du contrat (§2).

§ 1 : Le bénéfice d'un droit potestatif

Le titulaire du choix jouit d'un droit potestatif au sujet de la prestation à réaliser par le débiteur mais ce droit ne saurait être un droit discrétionnaire (A). Le périmètre du choix permet de différencier la notion d'obligation disjonctive d'autres notions voisines (B).

³⁹⁹ V. supra n°136.

⁴⁰⁰ La détermination *ab initio* du titulaire du choix peut être bouleversée lors de l'exercice de l'option. En raison de potentiels changements, un examen subséquent de l'identité du bénéficiaire du choix sera réalisé. V. infra n°246 et s.

A) L'existence d'un droit potestatif non discrétionnaire

Avant d'envisager la jouissance par le titulaire du choix d'un droit potestatif relativement à la prestation à exécuter (2), il conviendra d'étudier que le choix ne constitue pas un droit discrétionnaire (1).

1) L'absence de droit discrétionnaire quant au choix

194. Une partie de la doctrine⁴⁰¹ affirme au sujet du droit d'option issu de l'obligation alternative que son bénéficiaire jouit d'un droit discrétionnaire, appelé également « droit absolu ». Le droit discrétionnaire peut être défini comme « *le droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus (et donc générateur de responsabilité)* »⁴⁰². Le titulaire de ce droit pourrait en faire n'importe quel usage. Appliqué au droit d'option issu de l'obligation alternative, il pourrait choisir en toute liberté le mode d'exécution de l'obligation et n'aurait pas à motiver sa décision. De fait, le droit d'option serait insusceptible d'abus.

195. Or, il paraît étrange de reconnaître un tel droit au profit du titulaire du choix et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, concernant la définition du droit discrétionnaire, l'existence d'un tel droit réside dans la liberté offerte à son bénéficiaire de choisir à son gré comment il exercera sa prérogative contractuelle (i.e. le choix). Il peut l'exercer mais il peut aussi très bien ne pas l'exercer. Le droit discrétionnaire permet à son titulaire de ne rien faire. Ce postulat semble alors difficilement s'accorder avec le contrat, caractérisé par son espace de contrainte. Au titre du contrat, le titulaire du choix doit exécuter ses obligations et respecter les droits et obligations de son cocontractant. Si le choix n'est pas réalisé dans le délai convenu ou dans un délai raisonnable, une déchéance du droit d'option sera prononcée et le choix sera exercé par l'autre partie⁴⁰³. Puis, reconnaître l'existence d'un droit discrétionnaire serait nier les caractéristiques du choix afférent à l'obligation disjonctive, à savoir son incertitude (mesurée) et son alternative entre deux ou plusieurs prestations⁴⁰⁴. Le périmètre du choix est restreint par la prévisibilité des prestations, lors de l'engagement des parties. La

⁴⁰¹ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9 ; Y. Picod, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Obligations*, 2016, n°61 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1239 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cours magistral, Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°464.

⁴⁰² G. Cornu, *op. cit.*, p. 353-354.

⁴⁰³ C. civ., art. 1307-1 al. 2.

⁴⁰⁴ V. supra n°161 et s.

marge de manœuvre du titulaire du choix est enserrée par la détermination des prestations et la force obligatoire du contrat : le bénéficiaire du choix ne peut pas choisir une prestation autre que celle convenue par les parties. Dès lors, il ne saurait y avoir de droit discrétionnaire. Ensuite, il convient de souligner qu'eu égard à une volonté de contrôler l'exercice d'un droit, sur le fondement de l'abus de droit, la catégorie juridique des droits discrétionnaires semble en voie de disparition tant en jurisprudence qu'en doctrine⁴⁰⁵. La subsistance de ces droits ne se manifesterait que dans les droits attachés à la personne humaine (droit à l'image, par exemple). Seuls ces droits seraient, de nos jours, discrétionnaires. En outre, contrairement à ce que soutient un auteur⁴⁰⁶, il ne saurait exister de droit partiellement discrétionnaire, dans l'hypothèse où la liberté d'exercice serait limitée par l'accord de volontés. Au regard de cette définition, le choix entre plusieurs prestations pourrait être assimilé à la catégorie de ces droits partiellement discrétionnaires. Néanmoins, nous estimons que l'existence d'un droit partiellement discrétionnaire n'aurait pas de sens : soit le droit considéré est discrétionnaire soit il ne l'est pas. Ce serait également difficilement conciliable avec le caractère absolu de ce droit. Le titulaire du choix bénéficie alors d'une prérogative octroyée par l'engagement des parties. Enfin, s'agissant de l'abus, la délimitation *ab initio* des prestations implique un contrôle limité de l'exercice du choix⁴⁰⁷. Or, au sens strict, le droit discrétionnaire est insusceptible d'abus. Il ne peut être contrôlé ni *a priori* ni *a posteriori*. Le choix ne constitue, dès lors, pas un droit discrétionnaire.

En somme, en raison de l'encadrement *ab initio* du choix entre plusieurs prestations, le titulaire du choix ne dispose pas, selon nous, d'un droit discrétionnaire. En revanche, il lui est reconnu un droit potestatif sur les prestations contenues dans l'obligation disjonctive.

2) L'existence d'un droit potestatif sur les prestations

196. La doctrine française et étrangère définit classiquement les droits potestatifs comme étant : « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant, en les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une*

⁴⁰⁵ A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°553 ; C. Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010.209 ; D. Roest, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1991. chron, p. 92 et s.

⁴⁰⁶ A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944.10.

⁴⁰⁷ V. infra n°394 et s.

activité propre unilatérale »⁴⁰⁸. La reconnaissance du droit potestatif en tant que notion autonome est contestée en doctrine⁴⁰⁹, dans la mesure où une partie de celle-ci considère que le droit potestatif n'est rien d'autre que l'exercice d'une prérogative qui est comprise dans un droit préexistant, tel un droit de créance. Dans le cadre de ces travaux, il ne s'agira pas de développer et d'argumenter en faveur de la reconnaissance du droit potestatif en tant que catégorie autonome, mais d'en admettre son existence et son origine légale, judiciaire ou contractuelle au cas de l'obligation disjonctive. Comme le souligne un auteur⁴¹⁰, « rien ne s'oppose à ce qu'un contrat donne naissance à un droit potestatif », et ce à raison de l'évolution de la notion de contrat depuis la promulgation du Code civil⁴¹¹. Le contrat peut, dès lors, être porteur de droits potestatifs. Les droits potestatifs ne donnent aucun pouvoir immédiat sur un objet ou sur une personne, à la différence des droits réels et des droits de créance⁴¹². Ils accordent à celui qui en bénéficie un droit sur une situation juridique⁴¹³. Ils placent l'autre partie dans un état de sujétion au sens où celle-ci ne peut influencer sur la volonté du titulaire de ce droit et sur l'exercice du choix y afférent. Le critère d'appartenance au domaine de la potestativité réside, ainsi, dans l'existence ou non d'une sujétion⁴¹⁴. Ce droit se rencontre souvent dans l'hypothèse où le contrat ou la loi offre une option à l'une des parties, comme en matière d'obligation disjonctive.

197. Le droit d'option et le droit facultatif permettent à leur bénéficiaire d'avoir la maîtrise et le pouvoir de choisir le moyen d'exécuter leurs obligations et de modifier corrélativement la situation juridique préexistante. La personne qui subit le lien de sujétion doit rester passive : elle est astreinte à subir, sous peine d'engager sa responsabilité. La modalité de l'obligation alternative ou facultative créée par le contrat donne naissance à un droit potestatif en faveur du titulaire du choix⁴¹⁵. Le choix constitue alors « une puissance, qui crée une relation de sujétion et non une relation de prestation »⁴¹⁶. Le droit potestatif est alors adjoind

⁴⁰⁸ G. Messina, *Nuovo Digesto Italiano*, V° Diritti potestativi, t. 3, p. 872 et s. ; P. Engel, *Traité des Obligations*, Berne, 1^{ère} éd. 1997, p. 29 ; L. Boyer, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947 ; C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, thèse Paris, 1979, n°507 et s.

⁴⁰⁹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°11 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd. 2002, n°162.

⁴¹⁰ S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-Marseille, 1999, n°232.

⁴¹¹ J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990.147.

⁴¹² I. Najjar, *op. cit.*, n°99 bis.

⁴¹³ C. Pomart-Nomdedeo, *op. et loc.cit.*

⁴¹⁴ S. Valory, *op. cit.*, n°230 et s.

⁴¹⁵ S. Valory, *op. cit.*, n°232 et 246 et s.

⁴¹⁶ D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 1^{er} avr. 2011, n°2, p. 644.

au contrat, selon Madame Rochfeld⁴¹⁷. Le droit potestatif adjoint (ou « *adventice* ») doit être distingué, selon cet auteur, du droit potestatif principal qui concerne la substance même de l'accord et qui compose l'objet même du contrat. Le droit potestatif principal précède la conclusion du contrat définitif dans lequel il n'est pas appelé à s'intégrer (le droit de préférence résultant d'un pacte de préférence en est une illustration). En l'espèce, il n'est nulle question d'impacter la substance de l'accord ou de précéder la conclusion d'un contrat. Il s'agit d'aménager le contrat que ce soit au stade de sa formation, de son existence ou de sa dissolution. Le droit potestatif adjoint vient alors « *se greffer sur une situation contractuelle préexistante* »⁴¹⁸ et intervient comme une adjonction à l'équilibre contractuel et peut, s'il est mis en œuvre, influencer sur ce dernier.

198. L'option issue de l'obligation alternative⁴¹⁹ et le droit facultatif issu de l'obligation facultative constituent un droit potestatif adjoint au contrat. Ce dernier permettra à son bénéficiaire de choisir la modalité d'exécution de l'obligation. C'est la volonté des parties qui donne naissance à ce droit potestatif dont bénéficie l'une des parties. Dès lors, l'état de sujétion de l'autre partie résulte davantage de la convention des parties que de la volonté du titulaire du droit potestatif. Le droit potestatif, né de l'obligation disjonctive, octroyé par principe au débiteur aura pour effet de limiter la suprématie contractuelle du créancier et de protéger le débiteur, sous réserve que le choix ne soit pas conventionnellement conféré au créancier. Lorsque l'obligation disjonctive naît de la loi, c'est la loi qui consacre indirectement le droit potestatif.

199. Généralisée en dehors des conditions⁴²⁰ (entendu au sens de modalité de l'obligation), la potestativité accordée au titulaire du choix est parfaitement valable en matière d'obligation disjonctive, dans la mesure où elle ne permet pas à un cocontractant de se délier de ses obligations, au contraire de la condition⁴²¹. Cette potestativité concerne la phase d'exécution de l'obligation. Dans plusieurs arrêts⁴²², la Cour de cassation affirme que la potestativité issue

⁴¹⁷ J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

⁴¹⁸ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 753.

⁴¹⁹ S. Valory, *op. cit.*, n°379.

⁴²⁰ C. civ., art. 1304-2.

⁴²¹ V. supra n°137 et s.

⁴²² Paris, 28 mai 1974, *D.* 1974.685, concl. J. Cabannes ; Cass. 1^o civ., 16 mai 2006, *Bull. civ.* I, n°239 ; *RTD civ.* 2006.556, note J. Mestre et B. Fages ; *RLDC* 2006/29, n°2124 ; *Deffrénois* 2006, p. 1220, obs. R. Libchaber ; *Dr. et patr.* 2006, n°152, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2006.IR.1482.

du droit d'option de l'obligation alternative fait partie de l'économie même de cette modalité de l'obligation et ne saurait encourir de grief (notamment de nullité). Une illustration nous est fournie par l'arrêt du 16 mai 2006. En l'espèce, par un contrat de dépôt vente, une personne physique avait confié un lot de bijoux à un dépositaire chargé de la revente de ceux-ci. Le contrat prévoyait que les marchandises seraient réglées au fur et à mesure des ventes et qu'à l'issue d'un délai de six mois, sauf retour des pièces invendues, le stock restant serait facturé au vendeur. Ce délai étant expiré sans que le vendeur ait réglé le prix des marchandises vendues ou restitué le stock invendu, le déposant l'a assigné en paiement du prix. La Cour d'appel de Rennes rejette la demande considérant que l'obligation du dépositaire de payer le prix des bijoux qui lui ont été confiés est assujettie à une condition suspensive de l'absence de restitution des bijoux invendus au terme d'un délai de six mois sans règlement. Elle ajoute que la condition suspensive est qualifiée de condition potestative dans la mesure où seul le dépositaire peut exercer le choix. La Cour de cassation casse et annule cet arrêt d'appel par refus d'application de l'ancien article 1189 du Code civil et fausse application de l'ancien article 1190 de ce Code. A cette occasion, les commentateurs de cet arrêt ont pu énoncer que « *l'obligation alternative débouche nécessairement sur une franche potestativité* » ou sur « *une potestativité qui n'est nullement invalidante* »⁴²³. Énoncé autrement, le mécanisme de l'obligation alternative, et plus généralement de l'obligation disjonctive, permet d'échapper au grief de potestativité. L'obligation alternative permet tout en liant contractuellement les parties à l'une d'elles de choisir par sa seule volonté l'objet de l'obligation à réaliser. Affirmer le contraire aurait fragilisé la notion même d'obligation disjonctive. Comme le soulignent ces mêmes auteurs, « *la lucidité de notre haute juridiction dans les qualifications ne peut naturellement que renforcer la vitalité des obligations alternatives, particulièrement précieuse à l'heure où les contractants recherchent souvent souplesse et adaptabilité dans leurs engagements* ». En somme, grâce à sa souplesse et à sa flexibilité, l'obligation disjonctive permet de contourner la nullité encourue par la condition purement potestative.

200. Même si la jurisprudence ne s'est pas intéressée à la potestativité en matière d'obligation facultative, pareil raisonnement doit être opéré eu égard à la similarité de ces deux obligations à pluralité d'objets. Ainsi, le débiteur de l'obligation facultative peut librement choisir de se libérer en exécutant l'objet subsidiaire de celle-ci au lieu de son objet principal. Le débiteur place le créancier dans un état de sujétion. Cet état est d'autant plus

⁴²³ J. Mestre et B. Fages, *op. et loc. cit.*

avéré que le droit facultatif appartient exclusivement au débiteur de l'obligation facultative. Le créancier ne saurait empêcher le débiteur d'exécuter la prestation de son choix.

Le choix constitue, dès lors, une prérogative d'une nature particulière en ce qu'il octroie un droit potestatif à son bénéficiaire quant à l'accomplissement de l'une des prestations de l'obligation. Nous pouvons dire que la potestativité est la pierre angulaire du choix de l'obligation disjonctive. Le champ d'application de ce choix permet, ainsi, de distinguer les obligations disjonctives d'autres notions relatives à l'objet de l'obligation.

B) Le périmètre du choix, élément de dissociation de l'obligation disjonctive

De manière liminaire, il convient d'exclure de la qualification d'obligation alternative l'idée selon laquelle toute personne serait libre de s'engager ou de ne pas s'engager. Le droit potestatif constitué par le choix doit porter sur l'objet de l'obligation (1) et ne peut être assimilé à une option de procédure (2).

1) Le droit potestatif doit porter sur l'objet de l'obligation

201. Il est préalablement requis que le débiteur soit engagé vis-à-vis de son cocontractant afin que le choix puisse être exercé en matière d'obligation disjonctive. Ce n'est pas le cas du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, lequel n'est aucunement obligé d'acheter le bien ou de réaliser la prestation objet de la promesse. Le bénéficiaire n'est également pas débiteur des prestations laissées à son libre choix. Afin que le contrat de vente se forme, il doit avant tout lever l'option de la promesse unilatérale de vente ce qui aura pour effet d'engendrer des obligations, à son égard. Or, le droit potestatif de l'obligation disjonctive agit au stade de l'exécution de l'obligation et porte sur les prestations, ce qui ne permet pas de considérer de la même manière l'option issue de la promesse de vente et le choix de l'obligation disjonctive.

202. Par ailleurs, il a été proposé de retenir l'existence d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative dans le cas où le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne lèverait pas l'option et serait astreint au paiement d'une indemnité d'immobilisation, fréquente, par exemple, en matière immobilière. Cette indemnité constitue la contrepartie de l'exclusivité que le promettant confère au bénéficiaire pendant la durée de l'option à l'égard

de son bien⁴²⁴. L'alternative consisterait à lever l'option et donc à acheter le bien (déduction faite du montant de l'indemnité d'immobilisation) ou bien à payer ladite indemnité et ne pas conclure l'acte de vente. Toutefois, seul le promettant est engagé dans cette promesse : le bénéficiaire ne peut pas être contraint d'acheter le bien objet de la promesse sous quelque forme que ce soit⁴²⁵. Celui-ci est libre de lever ou non l'option. Si le bénéficiaire n'est nullement tenu de lever l'option, il est tenu de payer l'indemnité d'immobilisation s'il ne désire pas acquérir le bien, sauf circonstance contraire (notamment condition suspensive défaillie, telle que la condition liée à l'obtention d'un financement bancaire). La promesse unilatérale de vente aurait alors un caractère onéreux. De même, la levée de l'option ne peut être l'objet de l'obligation, ce qui reviendrait à considérer que l'une des branches de l'obligation alternative soit le consentement à la vente.

203. Aussi, des auteurs⁴²⁶ considèrent que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente à titre onéreux serait débiteur d'une obligation facultative au titre de laquelle le paiement de l'indemnité serait *in obligatione*, tandis que la levée d'option et la conclusion du contrat seraient *in facultate solutionis*. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire accepterait de payer le montant de l'indemnité d'immobilisation, s'il ne levait pas l'option. Les auteurs soutiennent que la promesse unilatérale de vente à titre onéreux serait un contrat synallagmatique portant promesse unilatérale de vente. Le bénéficiaire s'engagerait de manière principale à verser l'indemnité d'immobilisation et le promettant s'engagerait à immobiliser son bien pendant une certaine période au bénéfice exclusif d'un futur acquéreur⁴²⁷. En réalité, l'analyse développée doit être plus approfondie au regard de la jurisprudence⁴²⁸. Celle-ci fait, en effet, une distinction de qualification selon le montant de l'indemnité d'immobilisation, étant précisé que le consentement du bénéficiaire serait matérialisé dans le contrat synallagmatique. Dans l'hypothèse où celui-ci serait dérisoire, la promesse conserverait son caractère unilatéral⁴²⁹. La qualification en obligation facultative ne pourrait s'imposer, puisqu'il n'est pas possible qu'un objet de l'obligation soit la levée de

⁴²⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°445.

⁴²⁵ Cass. com., 6 janv. 1970, *JCP* 1970.II.16240, obs. P. Level.

⁴²⁶ J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 3^e civ., 26 juin 1973, *Defrénois* 1974, n°345, n°16 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse Tours, 1988, n°30 et 31.

⁴²⁷ R. Houin, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse Paris 1937, p. 219 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n°236, p. 184-185 ; P. Rémy, « Que l'indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse unilatérale de vente ne constitue pas une clause pénale », sous Cass. 3^e civ., 5 déc. 1984, *Bull. civ. III*, n°207, p. 162, *RTD civ.* 1985.592.

⁴²⁸ Cass. com., 20 nov. 1962, *Bull. civ. IV*, n°470, *D.* 1963.3 ; Cass. com., 13 févr. 1978, *Bull. civ. IV*, n°60.

⁴²⁹ Cass. com., 8 nov. 1972, *Bull. civ. IV*, n°280 ; *JCP éd. G* 1973.II.17565, note B. Boccara.

l'option. En revanche, si le montant de l'indemnité d'immobilisation est important, entendu au sens où le bénéficiaire serait contraint de lever l'option de la promesse unilatérale de vente, la promesse serait alors synallagmatique⁴³⁰. De fait, la qualification en obligation facultative serait justifiée, puisqu'il aurait donné son consentement dans la promesse synallagmatique et se serait engagé à payer principalement l'indemnité d'immobilisation ou subsidiairement à se libérer du paiement de cette indemnité en procédant à l'acquisition du bien. A la marge, la qualification en obligation alternative pourrait trouver application, si les deux branches de l'obligation étaient considérées par les parties comme principales.

Le droit potestatif de l'obligation disjonctive doit, en somme, porter sur l'objet de l'obligation ou sur la prestation afin de permettre l'application du régime juridique de l'obligation disjonctive. A défaut, la situation juridique ne saurait être qualifiée d'obligation disjonctive. Le droit potestatif résultant d'une option de procédure est également sujet à discussion quant au point de savoir s'il peut revêtir la qualification de choix et donc d'obligation disjonctive.

2) L'exclusion des options de procédure de la qualification d'obligation disjonctive

Ester en justice est un droit fondamental reconnu à toute personne titulaire de la capacité d'agir. Indéniablement, le droit d'agir en justice constitue un droit potestatif à raison notamment de l'état de sujétion dans lequel se trouve le défendeur à l'instance et de la volonté unilatérale de son contradicteur d'introduire une telle instance. Parfois, la loi accorde au demandeur à l'instance plusieurs actions en justice pour la protection d'un même droit : ce sont les « options de procédure ». La qualification de celles-ci a fait l'objet de débats notamment sur le point de savoir si une qualification en obligation disjonctive (et principalement alternative) pouvait être retenue. C'est pourquoi nous nous intéresserons à la différence entre le droit d'action et le droit d'option (a) avant de constater que l'option de procédure n'est pas un droit d'option (b).

a) L'absence de similitude entre le droit d'action et le droit d'option

Le droit d'action peut-il être assimilé à un droit d'option au sens de la définition que nous avons retenue⁴³¹ ?

⁴³⁰ Cass. com., 24 avr. 1972, *Bull. civ.* IV, n°120.

⁴³¹ A savoir une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir par une volonté unilatérale modifier une situation juridique incertaine et cela suivant une alternative précise et prévisible. V. infra n°168.

204. De prime abord, il est vrai qu'une personne a le choix soit d'agir en justice soit de ne pas le faire. Elle peut également avoir le choix de l'objet de sa demande et l'exercice d'une action en justice fait naître une situation d'attente (eu égard à la longueur d'un procès) et d'incertitude (eu égard à l'aléa de la décision). Aussi, une situation nouvelle est créée à raison de la mise en œuvre du droit d'action.

205. Toutefois, ces critères ne paraissent pas suffisants afin d'emporter qualification en obligation alternative. S'agissant du critère tiré de la nécessité du droit d'option eu égard à la situation juridique, il convient d'observer d'abord que nulle personne n'est contrainte d'agir en justice. Ce droit résulte de la mise en œuvre d'une liberté. Un débiteur peut alors rester inerte, quitte pour le créancier d'agir à sa place en cas de transfert du choix⁴³² ou en cas de mise en œuvre d'une action oblique⁴³³. Le demandeur à l'instance ne se trouve pas dans un état de nécessité d'opter. De plus, l'acte introductif d'instance ne se suffit pas à lui-même. Il est requis que le demandeur argumente ses prétentions, communique des pièces à son adversaire, etc. Aussi et surtout, l'exercice d'une action ne saurait lui permettre de façon certaine d'obtenir ce qu'il souhaite, les magistrats disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits. Enfin, l'acte introductif d'instance entraîne des effets différents à raison du choix de l'obligation disjonctive⁴³⁴, tels que la suspension de la prescription.

Le droit d'agir en justice ne saurait être qualifié de droit d'option, tel qu'il résulte de l'obligation alternative. L'utilisation du terme « option » ou « choix » pour désigner l'une ou l'autre des actions ouvertes au créancier suscite également interrogation sur la nature juridique de ce choix⁴³⁵. Il convient de savoir si ce choix peut être qualifié de droit d'option entendu au sens de l'obligation alternative.

b) L'exclusion des options de procédure de la qualification d'obligation alternative

206. Les options de procédure confèrent-elles à une personne le choix entre plusieurs voies de droit ou les deux branches d'une seule alternative ?

⁴³² V. infra n°313 et s.

⁴³³ V. infra n°311.

⁴³⁴ V. supra n°165.

⁴³⁵ La doctrine ne s'est que très peu intéressée à ce sujet : est-ce à dire qu'elle est embarrassée par la qualification ?

207. Une illustration d'une option de procédure nous est fournie par l'article 1644 du Code civil relatif à la garantie des vices cachés issue du contrat de vente⁴³⁶. Cet article dispose que : « dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ». Selon ces dispositions, le vendeur peut être contraint d'exécuter son engagement issu de la garantie des vices cachés, au choix de l'acquéreur, sous la forme soit d'une réduction de prix (action estimatoire) soit d'une résolution de la vente (action rédhibitoire). Appréhendées de manière lointaine, il pourrait être envisagé de qualifier ces options de procédure d'obligation alternative de sorte que le demandeur à l'instance (acquéreur) puisse contraindre son débiteur (le vendeur) à exécuter l'une ou l'autre branche de l'obligation. Certains auteurs⁴³⁷ considèrent, à cet égard, que l'article 1644 du Code civil est un exemple légal d'obligation alternative⁴³⁸, dont le choix est laissé à l'acheteur. Cependant, cette acception nous paraît inexacte.

208. S'agissant du choix relatif aux options de procédure, outre les critères précédemment dégagés concernant le droit d'action en justice, si aucune obligation ne pèse sur une personne d'agir en justice, il en est de même du choix à effectuer entre telle ou telle autre action⁴³⁹. L'acquéreur doit être libre de diligenter une action estimatoire ou une action rédhibitoire, voire de ne pas choisir. En d'autres termes, il a le choix entre deux demandes en justice. L'alternative n'est donc pas prévisible, comparativement au véritable droit d'option. L'article 1644 du Code civil ne saurait donc exiger du bénéficiaire du choix qu'il opte pour l'une des deux actions. Aussi, le demandeur à l'instance doit prouver le vice caché qu'il invoque afin de prétendre à l'obtention d'une éventuelle réparation, alors que l'exercice du droit d'option tend à exiger l'exécution de l'une des prestations contenue dans l'obligation et à emporter libération du débiteur. Dès lors, le fait pour l'acheteur de choisir telle ou telle action ne saurait produire de tels effets⁴⁴⁰ : l'exercice de l'action rédhibitoire conduit, par exemple, à l'anéantissement rétroactif de la vente, ce qui entraîne la disparition de la source même de

⁴³⁶ Cette unique illustration d'option de procédure est justifiée par le fait que cette option de procédure, issue de l'article 1644 du Code civil, est considérée par une partie de la doctrine comme étant une obligation alternative. Il en est de même aussi de l'ancien article 1184 du Code civil relatif à l'exécution ou à la résolution d'un contrat.

⁴³⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°1239 ; D. Veaux, *J.Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, anc. fasc., 1992, n°9.

⁴³⁸ La qualification en une obligation facultative doit être, dans tous les cas, écartée en raison notamment de l'absence de caractère subsidiaire entre les procédures.

⁴³⁹ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1, p.5 ; I. Najjar, *op. cit.*, n°141.

⁴⁴⁰ Pour une comparaison au stade des effets : V. *infra* n°355 et s.

l'obligation⁴⁴¹, ce qui est inapplicable concernant le choix de l'obligation disjonctive.

209. En outre, l'option de procédure, contrairement au droit d'option de l'obligation alternative, n'a pas vocation à octroyer au demandeur à l'instance (l'acquéreur) un choix entre une ou plusieurs prestations afin d'exécuter son obligation. Le choix de l'acquéreur porte sur deux actions en justice destinées à sanctionner un manquement. Diligenter une action estimatoire ou résolutoire ne peut être considéré comme une prestation et donc être un objet de l'obligation. Aussi, elle vise seulement à demander réparation d'un préjudice subi pouvant tendre à l'anéantissement rétroactif de la vente. Ce choix tend à créer une situation juridique nouvelle, distincte de celle de la relation de vente, en allant sur le terrain de la réparation judiciaire du vice caché. Or, le droit d'option de l'obligation alternative ne tend pas à la création d'une situation juridique nouvelle mais simplement à la modification de cette dernière.

210. Pareillement, les magistrats conserveraient, en principe, leur liberté d'appréciation sur l'anéantissement ou non du contrat dans l'hypothèse où le vice n'apparaîtrait pas d'une gravité suffisante⁴⁴² si bien que le choix de l'acquéreur ne saurait *per se* suffire dans le dessein de prononcer la résolution de la vente. Toutefois, cette liberté demeure contestée en doctrine⁴⁴³. Cela étant, cette liberté est incompatible avec le droit d'option issu de l'obligation alternative.

211. Le choix résultant de l'obligation disjonctive doit nécessairement porter sur l'objet même de l'obligation. En conséquence, au stade de la notion même de droit d'option et d'obligation alternative, l'option de l'acquéreur issue de l'article 1644 du Code civil ne saurait être considérée comme étant une obligation alternative, dont il en serait le débiteur. Cette option de procédure se rapproche d'une autre option de procédure, énoncée à l'article 1217 du Code civil (ancien article 1184). Il a été énoncé que tout contrat ferait naître une obligation alternative, de sorte que le débiteur s'engagerait à exécuter une prestation ou à

⁴⁴¹ J. Ghestin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, n°217.

⁴⁴² H. et L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. III, v. 2, *Principaux contrats : Vente et échange*, par M. de Juglart, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1987, n°987. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, Vente (3^o effets)*, 2016, n°618 ; Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n°75.

⁴⁴³ J. Huet, *J.-Cl. civ.*, art. 1641-1649, 2015, n°9 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 7^{ème} éd. 2013, n°222 ; Cass. 1^{er} civ., 22 nov. 1988, *Bull. civ. I*, n°334.

indemniser le créancier en cas d'inexécution de celle-ci ou encore que le créancier pourrait choisir entre l'exécution forcée ou la résolution du contrat. Cette idée doit être rejetée. Il ne saurait, dans cette hypothèse, y avoir de prestations interchangeables⁴⁴⁴ ou de fongibilité entre les objets de l'obligation. Les options de procédure ne peuvent pas être qualifiées d'obligation alternative.

Afin de revêtir la qualification d'obligation disjonctive, le choix doit donc porter sur l'objet de l'obligation. Ce choix confère à son titulaire un véritable pouvoir unilatéral pouvant conduire à une modification de l'obligation et conséquemment à celle du contrat.

§ 2 : L'octroi d'un pouvoir unilatéral sur les prestations et l'obligation

Indéniablement, le bénéficiaire du choix dispose d'un pouvoir unilatéral quant à la prestation à réaliser (A) de nature à conduire à la modification de l'obligation, voire à celle du contrat (B).

A) Le bénéfice d'un pouvoir unilatéral en faveur du titulaire du choix fondé sur le contrat

212. L'existence d'un choix en matière d'obligation disjonctive signifie que seule une partie (en principe, le débiteur) exercera de manière unilatérale le choix au moment de l'exécution de l'obligation. Le choix semble se rapprocher de la qualification d'acte unilatéral, lequel peut être considéré comme : « *la manifestation de volonté d'une seule personne* »⁴⁴⁵. La formation du choix prévu dans l'obligation disjonctive n'est pas l'émanation d'une seule volonté mais de la volonté des parties d'aménager leur obligation par l'intégration d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative. Le choix constitue une illustration de l'unilatéralisme, lequel peut être défini comme « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »⁴⁴⁶.

213. D'une manière générale, l'unilatéralisme est l'essence du droit potestatif⁴⁴⁷. Comme l'énonce un auteur, « *le terme unilatéralisme nous pousse d'instinct à se tourner vers la*

⁴⁴⁴ L. Bineau, *op. cit.*

⁴⁴⁵ S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017, p.28.

⁴⁴⁶ L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 3.

⁴⁴⁷ C. Pomart-Nomdedeo, *op. et loc. cit.*

notion d'acte unilatéral afin de comprendre ce que ce néologisme recouvre»⁴⁴⁸. Or, l'acte unilatéral et l'unilatéralisme ne se confondent pas. L'unilatéralisme exige le consentement de l'autre partie dès la formation du contrat, tandis que l'acte unilatéral provient de l'émanation d'une seule partie. Sur ce point, s'agissant de l'obligation alternative, nous nous différencions de la définition du droit d'option donnée par Monsieur Najjar. Le droit d'option, ou plus généralement le choix, ne saurait être un acte unilatéral. L'intégration d'une clause du contrat destinée à modifier unilatéralement celui-ci en est une application. L'unilatéralisme n'est, cependant, pas l'apanage du contrat : il se retrouve également dans le domaine des obligations. Il explique le droit potestatif constitué, au cas de l'obligation disjonctive, par le choix. Il fait, de manière évidente, partie intégrante de l'obligation alternative⁴⁴⁹ et de l'obligation facultative.

214. A la lecture de l'article 1127 du Code civil, un « contenu certain » est requis au moment de la formation même du contrat⁴⁵⁰. A l'instar de la détermination du prix objet de l'obligation⁴⁵¹, la détermination de la prestation à exécuter peut se réaliser, au stade de l'exécution, dès lors qu'au moment de la formation de l'obligation, les parties ont convenu des règles de détermination de cette prestation. L'obligation disjonctive permet également aux parties de prévoir, au moment de leur engagement, plusieurs objets au sein d'une même obligation, dont un seul devra être choisi par l'une d'elles au moment de l'exécution de l'obligation. La volonté unilatérale n'interviendra alors qu'aux fins d'individualisation de l'objet de l'obligation ou de la modalité d'exécution de l'obligation à réaliser⁴⁵². Les parties auront, en effet, *ab initio* convenu de deux ou plusieurs prestations et autorisé l'une d'elles à effectuer ce choix. Le choix portera exclusivement sur l'une des prestations de l'obligation disjonctive stipulée dans la convention des parties.

215. Le mécanisme de l'obligation disjonctive évite, ainsi, aux parties de devoir se mettre de nouveau d'accord sur l'obligation et, le cas échéant, de risquer en cas de désaccord une paralysie de l'ensemble du contrat. Il est loisible d'énoncer que « *la détermination au temps*

⁴⁴⁸ C. Doublein, *L'unilatéralisme dans les contrats*, thèse Nantes, 2001, p. 9.

⁴⁴⁹ S. Bros, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 1^{er} oct. 2012, n°4, p. 1452.

⁴⁵⁰ V. supra n°59 et s.

⁴⁵¹ V. supra n°70 et s.

⁴⁵² Th. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Economica*, 1999, p. 3 : l'auteur insiste sur la détermination du prix mais un raisonnement par analogie peut être effectué dans le cadre de nos travaux.

de l'exécution ne résulte dès lors qu'indirectement de l'accord des parties »⁴⁵³.

216. Cette détermination unilatérale de la prestation est un maillon essentiel à la qualification de l'obligation en obligation disjonctive. Le fait qu'une partie puisse prendre l'emprise sur l'autre dans le cadre du contrat, base de l'accord des parties, suscite, en effet, la crainte qu'elle puisse abuser de son droit au détriment de la partie dite « assujettie ». Cette crainte demeure limitée en présence d'une obligation disjonctive en raison de l'encadrement *ab initio* du choix, au contraire de l'unilatéralisme résultant de la détermination du prix. L'assujetti n'est pas réellement dans la crainte, puisqu'il sait que l'un des objets de l'obligation (préalablement convenu) devra être exécuté, et ce dès lors que le titulaire du choix aura manifesté sa volonté. Le pouvoir de décision unilatérale ne saurait, dès lors, porter préjudice à l'assujetti. La volonté unilatérale du bénéficiaire du choix résulte, en effet, du contrat conclu entre les parties. La protection de la personne assujettie est alors assurée, au moment de la formation de l'obligation, par la stipulation d'une obligation disjonctive et par l'encadrement du choix⁴⁵⁴.

217. En dehors de son application aux obligations disjonctives, le droit potestatif peut se retrouver dans de nombreuses autres hypothèses, telles qu'une clause de résolution unilatérale du contrat. C'est pourquoi un auteur italien⁴⁵⁵ a proposé de classer les droits potestatifs en trois catégories à raison de la fonction attachée à chacun d'eux : constitution, modification ou extinction d'une telle situation. Au cas de l'obligation disjonctive, le droit potestatif résultant du choix donne à son titulaire la possibilité de choisir entre les différentes modalités d'exécution de l'obligation, que celles-ci soient toutes *in obligatione* (obligation alternative) ou non (obligation facultative).

Le choix permet à son titulaire de modifier unilatéralement une situation juridique préexistante mais devons-nous considérer pour autant que le droit potestatif peut conduire à modifier l'obligation, voire le contrat ?

⁴⁵³ Th. Revet, *op. et loc. cit.*

⁴⁵⁴ Les hypothèses d'abus du titulaire du choix demeurent réduites. En cas d'abus éventuel lors de l'exercice du choix, un contrôle sera opéré par le juge : V. infra n°392 et s.

⁴⁵⁵ Messina, *op. cit.*, n°4 et s.

B) Une modification convenue *ab initio* de l'obligation

218. Le choix permet à son bénéficiaire d'exercer une prérogative unilatérale sur les prestations objet de l'obligation. Nous pourrions alors nous demander si le choix est de nature à modifier l'obligation, voire le contrat. La modification du contrat est définie comme étant : « l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer, en cours d'exécution, un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie, sans la détruire (...) »⁴⁵⁶. La modification de l'obligation n'est rien d'autre que le changement affectant l'un des éléments de l'obligation⁴⁵⁷. Elle ne se traduit pas par une novation, à savoir par la substitution à une obligation que l'on éteint, d'une obligation nouvelle que l'on crée, par changement de créancier, de débiteur, d'objet ou de cause⁴⁵⁸. Elle constituerait une novation, si la modification venait à affecter l'essence même de l'obligation. L'obligation est simplement réaménagée à travers ses modalités. Il est communément énoncé qu'en raison de la force obligatoire des contrats, le contrat – la loi – des parties ne peut être modifié que par le consentement mutuel des parties, par application de l'article 1194 alinéa 2 du Code civil. De cet article, il est traditionnel de dégager deux règles que sont l'immutabilité et l'irrévocabilité du contrat. Dès lors, introduire le concept d'unilatéralisme au cœur même du contrat⁴⁵⁹ ou se poser la question de savoir si le contrat peut être modifié par une volonté unilatérale paraît bien singulier⁴⁶⁰ et contredire le principe du respect de la parole donnée.

219. Lors de la rédaction de leur contrat, les parties peuvent anticiper le sort des modifications contractuelles en y stipulant des clauses permettant seulement à l'une d'elles de modifier leur contrat ou encore en prévoyant une obligation disjonctive. En stipulant une obligation disjonctive à leur engagement, les parties conviennent-elles par avance des conditions de modification de leur contrat⁴⁶¹ ? L'insertion d'une obligation alternative dans l'engagement des parties aura alors pour effet, au moment de l'exercice du droit potestatif, de modifier l'obligation en mettant fin à sa modalité (ou à l'une de ses modalités)⁴⁶². L'un des éléments de l'obligation étant modifié, le contrat lui-même s'en trouvera modifié. Ce pouvoir

⁴⁵⁶ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris II, 1974, n°26.

⁴⁵⁷ Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Lexisnexis, 6^{ème} éd. 2013, n°354 et s.

⁴⁵⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 695.

⁴⁵⁹ Ch. Jamin, « Demogue, Juriste de l'impermanence », in *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, 2013.

⁴⁶⁰ R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907.245.

⁴⁶¹ Certains auteurs, tels que Monsieur Baydoun, évoquent une transformation de la convention, ce qui se révèle impropre. V. *infra* n°356.

⁴⁶² V. *infra* n°460 et s.

est également accordé au débiteur de l'obligation facultative s'il choisit de se libérer via l'exécution de la prestation subsidiaire. A défaut de modification, l'obligation sera (normalement) exécutée et la modalité facultative disparaîtra. Dans cette hypothèse, le contrat ne subit donc aucune modification.

220. Il est, dès lors, intéressant de remarquer que l'insertion d'une obligation disjonctive peut engendrer une modification du contrat⁴⁶³, et ce sans la faute de l'une des parties⁴⁶⁴. Au moment de la formation du contrat, une telle obligation permet de ne pas scléroser l'engagement des parties et d'adapter au mieux leur instrument juridique originaire, et ce sans avoir recours à un tiers et notamment à un juge. Le bénéficiaire du droit d'option en choisissant l'objet de l'obligation alternative à exécuter ou le débiteur en choisissant l'objet subsidiaire de l'obligation facultative modifiera l'obligation, en supprimant la modalité qui y était adjointe, et *ipso facto* le contrat. A travers la stipulation d'une obligation disjonctive, les parties conviennent, au moment de la conclusion de leur engagement, de modifier, au stade de l'exécution, leur obligation. Plus précisément, le bénéficiaire du choix est autorisé par l'autre contractant à modifier seul au moment de l'exécution du contrat la loi des parties, et ce sous l'égide de la force obligatoire des contrats. Les craintes résultant de la présence de l'unilatéralisme sont, dès lors, dissipées par la volonté des parties. Le lien de droit initial s'infléchit alors à l'aune du choix de l'une des parties. Le titulaire de ce droit potestatif peut, ainsi, modifier à son gré, dans le périmètre bien entendu de l'obligation disjonctive, l'obligation, et ce sans ni solliciter l'accord de son partenaire ni créer une nouvelle obligation. La modification apportée à l'obligation avant son exécution « *apparaît (alors) comme un facteur de stabilité et de sauvegarde du lien contractuel puisqu'elle permet d'éviter la rupture ou l'inexécution du contrat* »⁴⁶⁵.

Le choix permet alors aux parties de convenir *ab initio* de modifier leur obligation, voire leur contrat, au stade de l'exercice du choix. Ses caractéristiques confèrent un caractère typique à l'obligation disjonctive.

⁴⁶³ Lamy, Droit du contrat, *La modification de la loi contractuelle*, étude 348, 2015, n°348-33 et 348-25.

⁴⁶⁴ La rupture unilatérale du contrat permet à l'une des parties de mettre fin au contrat à raison d'une faute de son partenaire contractuel. V. notamment : P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille, 2012, n°143 et s.

⁴⁶⁵ A. Ghozi, *op. cit.*, n°12.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'obligation alternative et l'obligation facultative sont caractérisées par l'existence respectivement d'un droit d'option et d'un droit facultatif portant sur le mode d'exécution d'une obligation. L'existence de ce choix constitue l'attractivité majeure de l'obligation disjonctive. La stipulation d'une telle obligation, au moment de l'engagement des parties, permet, en effet, à l'une d'elles de choisir la prestation que devra exécuter le débiteur. Le bénéfice d'un choix au sein d'une même obligation se révèle particulier, au sens où la force obligatoire des contrats postule généralement l'immutabilité du contrat après l'accord des parties. Or, l'obligation, voire le contrat, vont, le cas échéant, être modifiés par le titulaire du choix sur le fondement même de l'autonomie de la volonté. A travers l'existence d'un choix, les parties disposent d'une flexibilité au stade de l'exécution de l'obligation. Le bénéfice d'un choix résultant de la stipulation d'une obligation disjonctive peut se révéler étonnant dans certaines hypothèses, telles que la sanction afférente à la rescision pour lésion. Les caractéristiques du choix sont également surprenantes, puisqu'il confère un droit potestatif à son bénéficiaire. Dans la mesure où il impacte la phase d'exécution de l'obligation, ce droit potestatif est parfaitement valable en matière d'obligation disjonctive. Par ses caractéristiques propres, le choix structure le mécanisme même de l'obligation disjonctive dans lequel il occupe une place centrale. Il confère à l'obligation disjonctive un caractère typique.

Chapitre 2 : Le choix, le caractère typique de l'obligation disjonctive

221. La stipulation d'un choix par les parties dans le cadre d'une obligation disjonctive octroie à son bénéficiaire des avantages propres matérialisés notamment par l'existence d'un droit potestatif sur les prestations⁴⁶⁶. Le choix inhérent à l'obligation disjonctive quant au mode d'exécution de l'obligation se révèle inédit et particulièrement opportun. Aucun autre mécanisme de droit des obligations ne permet, en effet, à une partie de pouvoir choisir seule la prestation à réaliser par le débiteur de l'obligation, même si quelques confusions notionnelles ont pu être faites. Par exemple, dans le contrat d'émission d'obligations convertibles en actions, le souscripteur choisira d'être remboursé de son prêt soit en numéraire soit par l'octroi d'actions de la société émettrice.

Le choix confère à la modalité disjonctive de l'obligation un caractère typique et irréductible à tout autre mécanisme de droit des obligations (Section 1). Avant l'exercice du choix, il convient de lever les éventuels obstacles liés au bénéficiaire du choix. En raison de l'écoulement du temps entre le moment de la formation de l'obligation et le moment contemporain de l'exercice du choix, des événements ont, en effet, pu impacter l'identité ou la capacité du titulaire du choix. C'est pourquoi il est requis de déterminer définitivement le titulaire du choix (Section 2).

⁴⁶⁶ V. supra n°147 et s.

Section 1 : Une modalité de l'obligation atypique

Dans le dessein d'appréhender la notion d'obligation disjonctive, il est classique de la rapprocher d'autres mécanismes, et ce d'autant qu'elle demeure méconnue. Cette méconnaissance a donné lieu à quelques décisions rendues par les juges du fond assez étonnantes. Ces derniers ont maladroitement assimilé l'obligation disjonctive à d'autres mécanismes de droit des contrats ou de régime général des obligations intervenant au moment de la formation (Sous-Section 1), de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Un mécanisme excluant la phase de formation de l'engagement

La principale confusion qui est faite lorsque nous évoquons l'obligation disjonctive, et l'obligation alternative en particulier, est de la rapprocher voire de la confondre avec la condition (§1) ou avec la clause de dédit. Cette dernière tend à l'anéantissement du contrat, lorsqu'elle est mise en œuvre (§2).

§ 1 : Une distinction avec la condition fondée sur la temporalité

L'obligation disjonctive, dont surtout l'obligation alternative, est souvent rapprochée et parfois confondue avec une autre modalité de l'obligation, la condition⁴⁶⁷. Celle-ci

⁴⁶⁷ Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977 ; O. Milhac, *Contribution à l'étude de la notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001 ; D. Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ, 2005 ; M. Latina, *Essai sur la notion de condition en droit des contrats*, LGDJ, coll. « Droit privé », t. 505, thèse Paris II, 2009 ; J.-J. Taisne, J.Cl. civ., 1168 à 1174, 2016 ; Y. Buffelan-Lanore, *Rép. civ. Dalloz, V°Condition*, 2016 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°1305 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°317 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1218 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°441 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Collin, 9^{ème} éd. 2015, n°294 et s. ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2014, n°934 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n°1264 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°175 et s. ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2016, n°375 et s. ; L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, t. 2, 3^{ème} éd. 1964, n°894 et s. ; Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Régime général*, Litec, 7^{ème} éd. 2015, n°146 et s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°69 et s. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cours magistral, Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°443 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°135 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, 1^{ère} éd. 2004, PUF, n°64 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°1027 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n°1024 et s. ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2014, n°189 ; P.

subordonne la formation ou l'anéantissement de l'obligation à la survenance d'un événement futur et incertain. La condition suspend soit la naissance (condition suspensive) soit la résolution (condition résolutoire) de l'obligation⁴⁶⁸. C'est de la condition suspensive que certains auteurs et magistrats rapprochent l'obligation alternative, dans la mesure où il existe des points communs entre ces deux modalités de l'obligation (A). Toutefois, au regard d'une analyse plus approfondie de ces deux modalités de l'obligation, il ressort qu'elles se distinguent nettement quant à la technicité de leur mécanisme (B).

A) Deux modalités de l'obligation incertaines et potestatives

222. L'obligation conditionnelle et l'obligation alternative ont parfois été confondues par la doctrine et la jurisprudence en raison de l'existence de certaines similitudes. Elles appartiennent, tout d'abord, toutes deux à la catégorie des modalités de l'obligation, si bien qu'elles doivent être adjointes à l'obligation afin de trouver application. A défaut, l'obligation restera ordinaire.

223. Puis, l'existence d'une incertitude connue liée à l'événement considéré dans l'obligation conditionnelle ou au choix bénéficiant à l'une des parties dans l'obligation disjonctive (et plus spécialement dans l'obligation alternative : droit d'option) constitue un dénominateur commun. La réalisation de l'événement futur, défini au moment de l'engagement des parties, dénouera la formation de l'obligation⁴⁶⁹ et l'exercice du droit d'option dénouera l'exécution de l'obligation alternative. Ces deux modalités de l'obligation permettent d'anticiper en toute sécurité l'avenir et de s'assurer contre les aléas affectant la formation ou l'exécution de l'obligation. Sans la réalisation de l'événement prévu dans la condition, l'obligation ne naîtra pas juridiquement. L'obligation disjonctive permet d'anticiper les bouleversements économiques pouvant survenir au cours d'exécution d'un contrat⁴⁷⁰ ou de spéculer sur la réalisation d'un événement⁴⁷¹.

224. L'élément le plus commun, s'agissant de ces deux modalités, réside dans le dénouement de l'incertitude (formation ou exécution de l'obligation), lequel est laissé au bon

Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd. 2010, n°283 et s. ; P. Derouin, « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978.1.

⁴⁶⁸ C. civ., art. 1304 et s.

⁴⁶⁹ Par exemple, l'octroi d'un financement bancaire dans le dessein d'acquérir une maison.

⁴⁷⁰ V. supra n°306 et s.

⁴⁷¹ V. supra n°292 et s.

vouloir du débiteur ou du créancier (condition ou obligation alternative seulement). Elles suscitent l'accomplissement d'un agissement unilatéral conférant à celui qui en est à l'initiative une certaine potestativité. La potestativité est la subordination d'un choix ou d'un événement au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

Les caractères incertains et potestatifs de l'obligation alternative et de l'obligation conditionnelle ont pu laisser croire qu'elles se confondaient. En réalité, elles reposent sur deux technicités juridiques bien différentes.

B) Des technicités juridiques différentes entre les obligations conditionnelle et disjonctive

225. L'obligation conditionnelle et l'obligation alternative se différencient en ce qu'elles ne résultent pas d'une même technique juridique. Alors que la survenance d'un événement permet la formation de l'obligation, l'exercice du choix permet de définir les modalités d'exécution de l'obligation. Le caractère alternatif porte non sur la réalité mais sur l'exécution de l'obligation puis sur la libération du débiteur. La distinction sans doute majeure entre les deux modalités de l'obligation tient au fait que dans l'obligation conditionnelle suspensive, l'obligation n'existe pas même si elle est en germe, alors que dans l'obligation disjonctive, l'obligation existe mais son exécution dépend de l'accomplissement du choix. En conséquence, le débiteur n'est pas engagé dans l'obligation conditionnelle suspensive, alors qu'il y est pleinement dans l'obligation disjonctive à partir du moment où les conditions classiques de formation du contrat sont remplies. Ces deux obligations ne se situent donc pas sur le même plan (existence ou exécution de l'obligation).

226. Si ces deux modalités de l'obligation impliquent un agissement unilatéral de l'une des parties, celui-ci ne nécessite pas le même degré d'intervention. En d'autres termes, la potestativité n'est pas appréhendée de la même manière selon que l'obligation comprenne une condition ou une pluralité d'objets alternatifs. Sans la nommer, l'article 1304-2 du Code civil énonce à propos de la condition potestative que : « *est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ». En présence d'une

condition potestative⁴⁷², l'obligation est considérée comme nulle. Sur le fondement de l'ancien article 1170 du Code civil, la jurisprudence classique avait nuancé, en marge des textes, la notion de condition potestative en distinguant les conditions dépendant exclusivement de la volonté du débiteur (conditions purement potestatives⁴⁷³) de celles dépendant à la fois de la volonté du débiteur et d'éléments extérieurs (conditions simplement potestatives⁴⁷⁴). Seule la condition simplement potestative est valable, l'obligation contenant une condition suspensive purement potestative est nulle⁴⁷⁵. Dès lors que la volonté du débiteur s'ajoute à des événements extérieurs (condition simplement potestative) ou à un tiers (condition mixte), la condition est valable. Il en est de même de la condition contenant des événements dépendant du hasard⁴⁷⁶, laquelle échappe à la volonté des parties. En d'autres termes, « *il n'y a condition potestative nulle que dans une clause permettant au débiteur de « sortir » du contrat par sa volonté arbitraire, sans aucun frein extérieur* »⁴⁷⁷. A ce titre, mentionnons que le projet de Code civil de 1804 évoquait l'adverbe « purement » afin de traiter la condition potestative⁴⁷⁸. En outre, la doctrine⁴⁷⁹ et la jurisprudence⁴⁸⁰ modernes ont peu à peu délaissé la distinction entre la condition « simplement » et « purement potestative » afin de revenir à la genèse de l'article 1170 du Code civil. C'est d'ailleurs en ce sens que se sont prononcés les projets de réforme du droit des contrats et du droit des obligations. Ces projets proposaient de supprimer certaines définitions et classifications (casuelles, potestatives ou mixtes) jugées abondantes et prolixes⁴⁸¹, afin de ne laisser qu'un seul article relatif à la sanction de l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur⁴⁸². Il convient de préciser que la condition laissée au bon vouloir du

⁴⁷² Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : A.-R. Théodoresco, *Théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris, 1923 ; J.-L. Costa, *Condition potestative et validité des contrats* : Administrer mars 1985, n°155, p.5 ; J. Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in Mél. Weil, p. 243 ; S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-Marseille, 1999 ; B. Dondero, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007.677 ; W. Droos, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007.701.

⁴⁷³ V. notamment : Cass. 1^o civ., 18 juin 1974, *Bull. civ.* I, n°198 ; Cass. 3^o civ., 8 oct. 1980, *Bull. civ.* III, n°154, *D.*1981.IR.441, obs. B. Audit.

⁴⁷⁴ V. notamment : Cass. soc., 28 sept. 1963, *Bull. civ.* IV, n°739 ; Cass. com., 17 mai 1965, *Bull. civ.* III, n°321.

⁴⁷⁵ V. par exemple, Cass. com., 9 déc. 1980, *Bull. civ.* IV, n°421, *D.* 1981.IR.441, obs. B. Audit.

⁴⁷⁶ C. civ., art. 1169.

⁴⁷⁷ A. Bénabent, *op. cit.*, n°319.

⁴⁷⁸ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd. 1873, p.454.

⁴⁷⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°313-314 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°178 et s. ; J.-J. Taisne, *Contrats et obligations*, *op. cit.*, n°34 et s.

⁴⁸⁰ Paris, 28 fév. 1984, *Juris-Data* n°1984-021457 ; Paris, 24 janv. 1990 : *Juris-Data* n°1990-0203330.

⁴⁸¹ Art. 1189 al. 2, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala : cet avant-projet a été remis à la Chancellerie fin 2005, partie relative « *aux obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives* », par M. le professeur J.-J. Taisne.

⁴⁸² Art. 1175 s'agissant de l'avant-projet Catala, *op. cit.* ; art. 119 s'agissant du projet de la Chancellerie de 2008, projet de réforme du droit des contrats, publié en juillet 2008 ; art. 4, Document de travail relatif à un avant-

créancier est valable, dans la mesure où le débiteur est engagé, ce qui s'oppose nettement à la condition potestative accordée au débiteur, avec laquelle celui-ci n'est pas engagé⁴⁸³. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016⁴⁸⁴ a suivi cette évolution en ne faisant pas référence au terme de potestativité et en précisant à l'article 1304-2 du Code civil que la condition dépendant de la seule volonté du débiteur est nulle.

227. Concernant l'obligation disjonctive, la potestativité est clairement admise, s'agissant du bénéfice et de l'exercice du choix opéré par l'une des parties, puisque la potestativité en matière d'obligation alternative porte sur l'objet de l'obligation et non sur l'existence de l'obligation⁴⁸⁵. L'engagement du débiteur est, en effet, déjà ferme dès sa naissance dans l'obligation alternative ce qui n'est pas le cas de l'obligation conditionnelle. Même si le choix de l'exécution appartient (en principe) au débiteur⁴⁸⁶, il ne saurait être question d'obligation potestative, car ce choix fait partie de l'économie même de l'obligation et résulte de la manifestation de la volonté commune. A l'instar d'autres décisions jurisprudentielles⁴⁸⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt relatif à un contrat de transport de marchandises : « *l'obligation du transporteur d'acheminer la marchandise par air ou par route est une obligation alternative* »⁴⁸⁸. En l'espèce, l'obligation du transporteur est bien née, seule la modalité d'exécuter sa prestation (par air ou par route) restait à déterminer. Ainsi, « *l'obligation alternative chasse la condition potestative* », comme l'indique Monsieur Delebecque au sujet de cet arrêt. Pareille solution doit s'appliquer à l'obligation facultative. En d'autres termes, la qualification d'obligation alternative doit être écartée lorsque le choix ne dépend pas de la volonté de l'une des parties, mais au moins partiellement, de la réalisation d'événements extérieurs. En somme, il existe une différence de degré de potestativité dans chacune de ces modalités. Dès lors, nous

projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013

⁴⁸³ V. notamment : Cass. civ., 25 nov. 1896, *Gaz. Pal.* 96.2.678 ; *S.* 1897.1.76 ; *D.* 1897.1.34 ; Cass. 1^o civ., 21 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n^o132 ; Cass. 3^o civ., 21 nov. 1984, *Bull. civ.* III, n^o198.

⁴⁸⁴ Ord. n^o2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n^o3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁴⁸⁵ V. supra n^o199.

⁴⁸⁶ V. supra n^o188 et s.

⁴⁸⁷ Paris, 28 mai 1974, *D.* 1974.685, concl. J. Cabannes ; Cass. 1^o civ., 16 mai 2006, *Bull. civ.* I, n^o239 ; *RTD civ.* 2006.556, note J. Mestre et B. Fages ; *RLDC* 2006/29, n^o2124 ; *Deffrénois* 2006, p. 1220, obs. R. Libchaber ; *Dr. et patr.* 2006, n^o152, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2006.IR.1482.

⁴⁸⁸ Cass. com., 7 déc. 2004, n^o03-12.032, *D.* 2005.2392, note Ph. Delebecque ; *BTL* 2005.12, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2005.782, obs. J. Mestre et B. Fages.

observons que l'obligation alternative peut être utilisée afin d'éviter le grief de la potestativité attaché à la condition purement potestative ou « *à la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* », au sens de l'article 1304-2 du Code civil.

228. Enfin, le caractère de certitude ou d'incertitude de l'événement ne se mesure pas de la même manière en présence d'une condition ou d'une obligation disjonctive. La définition même de la condition postule l'existence d'un événement incertain à la fois quant à sa date mais aussi quant à sa réalisation. S'agissant du droit d'option de l'obligation alternative, il implique l'absence de certitude à l'avance du choix de l'un des objets de l'obligation. Toutefois, il n'est pas complètement incertain, dans la mesure où son bénéficiaire doit faire un choix entre deux ou plusieurs branches prévues *ab initio*⁴⁸⁹.

229. Si la différence entre ces deux modalités de l'obligation paraît simple eu égard aux critères dégagés, il en est différemment en pratique où les faits prêtent parfois à interprétation⁴⁹⁰. C'est pourquoi « *la lucidité de la Cour de cassation dans les qualifications*⁴⁹¹ *ne peut naturellement que renforcer la vitalité des obligations alternatives, particulièrement précieuses à l'heure où les contractants recherchent souvent souplesse et adaptabilité dans leurs engagements* »⁴⁹².

La différence entre la condition et la modalité disjonctive de l'obligation réside dans le moment de réalisation de l'événement ou du choix ainsi que dans le degré de potestativité et de certitude ou non de réalisation du choix. La lucidité dans les qualifications juridiques permet également de distinguer l'obligation disjonctive de la clause de dédit.

⁴⁸⁹ V. supra n°161 et s.

⁴⁹⁰ V. notamment un exemple où le juge a retenu la qualification de condition, alors que la qualification d'obligation disjonctive paraissait plus opportune : V. supra n°137 et s.

⁴⁹¹ Précisons que la question de savoir si une condition est ou n'est pas potestative est une question de droit soumise aux magistrats de la Cour de cassation : Cass. 1^{er} civ., 20 juin 1961, *JCP éd. G* 1961.II. 12352, note A. Ponsard ; Cass. 1^{er} civ., 28 mai 1974, *JCP éd. G* 1975.II.17911, obs. B. Thuillier ; *D.* 1975.J.144, note A. Ponsard.

⁴⁹² J. Mestre et B. Fages, sous arrêt Cass. 1^{er} civ., 16 mai 2006, préc.

§ 2 : L'absence d'anéantissement du contrat concernant l'obligation disjonctive

230. Afin de trouver une qualification à l'engagement du débiteur d'une clause de dédit, il a souvent été fait référence à l'existence d'une obligation disjonctive. La clause de dédit⁴⁹³ est définie comme « *la faculté accordée à un contractant de ne pas exécuter son obligation, de s'en délier sous les conditions légalement ou conventionnellement prévues* »⁴⁹⁴. Bien que lorsque deux personnes ont donné leurs consentements, le contrat soit irrévocable et ne puisse être rompu de manière unilatérale, la clause de dédit permet à l'un des deux contractants ou même aux deux de se délier, c'est-à-dire de se désengager du contrat, et ce généralement avant l'exécution du contrat contre le versement ou non d'une indemnité⁴⁹⁵.

231. Dans une première approche, nous observons que ces deux mécanismes contractuels postulent l'existence d'un droit potestatif d'agir unilatéralement sur le contrat ou sur l'obligation en offrant un choix à son bénéficiaire. C'est au regard de ce choix que la doctrine a rapproché l'obligation issue d'une clause de dédit d'une obligation facultative ou d'une obligation alternative.

232. D'une part, selon des auteurs⁴⁹⁶, il existerait une *facultas solutionis* lorsque le débiteur choisit d'exercer son droit de repentir. En d'autres termes, l'exercice de la clause de dédit constituerait une obligation facultative au sens où le bénéficiaire de cette clause serait astreint d'exécuter sa prestation en nature, tout en ayant la possibilité de s'en libérer en payant l'indemnité de dédit. Nous ne partageons guère cette opinion en raison d'une différence de technique juridique entre ces deux mécanismes. Alors que la clause de dédit confère à son bénéficiaire un droit ou le pouvoir d'empêcher la formation définitive du contrat et le passage de la phase de formation à celle de son exécution⁴⁹⁷, l'obligation facultative octroie à son bénéficiaire le choix de déterminer le mode d'exécution de son obligation. Ainsi, la clause de dédit influe sur l'engagement contractuel selon lequel une partie ou les deux peuvent se

⁴⁹³ Pour plus de développements sur le sujet, V. : L. Boyer, « La clause de dédit », Mélanges P. Raynaud, 1985, n°15 et s. ; Y. Dagorne-Labbé, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, thèse Paris II, 1984 ; Ph. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.61 et s.

⁴⁹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, PUF, 11^{ème} éd. 2016, p.308.

⁴⁹⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°481 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°885.

⁴⁹⁶ Ch. Bruneau, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, *Essai de détermination de l'objet*, thèse Paris 2, 1984, n°156 ; J.-L. Aubert, sous Cass. 3^e civ., 26 juin 1973, *Deffrénois*, 1974.I.345, art. 300553, n°16.

⁴⁹⁷ C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p.169, n°7.

désengager et mettre un terme au contrat. L'obligation facultative ne permet pas au cocontractant de se délier de son obligation et encore moins du contrat. L'efficacité du contrat contenant une obligation facultative n'est pas suspendue à l'exercice du droit facultatif : le contrat est définitivement formé, seul le mode d'exécution de l'obligation n'est pas défini. De plus, les parties en stipulant une obligation facultative n'ont pas l'intention de revenir sur leur consentement, alors que tel est le souhait majeur en prévoyant une clause de dédit. Lorsqu'une partie se dédit, elle souhaite ne pas exécuter ses obligations et déroge, ainsi, à la force obligatoire des contrats. Le contrat est alors anéanti. Le droit facultatif résultant de l'obligation facultative permet, en revanche, de choisir le mode d'exécution de l'obligation et de faire jouer pleinement le principe de la force obligatoire des contrats. En outre, l'absence d'équivalence des deux objets de l'obligation par les parties vient confirmer leur différence. La valeur de la prestation principale à exécuter sera déterminée en contrepartie de l'obligation de l'autre partie, alors que l'indemnité de dédit sera seulement une pénalité pour la partie souhaitant que le contrat ne soit pas exécuté. Pareillement, la qualification d'obligation facultative doit être exclue s'agissant de l'engagement du vendeur, lequel serait obligé de livrer la chose concernée ou aurait la faculté de se libérer en payant le dédit. Toutefois, c'est en ce sens que la Cour d'appel d'Angers a rendu un arrêt en date du 11 avril 1951⁴⁹⁸. En l'espèce, deux personnes physiques ont contracté une promesse synallagmatique de vente aux termes de laquelle elles ont promis la vente d'un immeuble et d'un fonds de commerce. Réciproquement, l'acheteur s'est engagé à acheter ceux-ci. Il a été aussi stipulé une clause de dédit permettant aux vendeurs et aux acheteurs de refuser de réaliser la promesse et de s'acquitter du paiement d'une indemnité prévue. A l'instar du tribunal de première instance, la Cour d'appel d'Angers a considéré que l'obligation des vendeurs était constitutive d'une obligation facultative : leur prestation principale était de transférer l'immeuble et le paiement de l'indemnité de dédit était un moyen subsidiaire de libération. Nous ne partageons aucunement cette analyse au regard de la comparaison que nous avons pu effectuer de l'obligation facultative et de la clause de dédit. Ces deux notions ne peuvent être assimilées, puisqu'elles ne participent pas à la même finalité : la première tend à octroyer un choix au débiteur dans l'exécution de l'obligation, alors que la seconde octroie à l'une des parties ou aux deux parties, en l'espèce, une faculté de se délier de leur engagement. En outre, les objets des deux obligations ne sauraient être considérés comme fongibles par les parties, et ce à l'aune de la valeur de chaque objet (420 000 francs pour la vente des deux biens et une

⁴⁹⁸ Angers, 11 avr. 1951, *JCP* 1951.II.6615, obs. E. Becqué.

indemnité de 50 000 francs pour le paiement de la clause de dédit). Madame Becqué, dans ses observations sur cet arrêt, partage d'ailleurs indirectement notre avis en énonçant que : « *nous nous inclinerions, quant à nous, à analyser différemment les données de l'espèce, pour parvenir, d'ailleurs, à la même solution* ». Contrairement à ce qui a pu être affirmé par cet arrêt⁴⁹⁹, le paiement du dédit ne nous paraît pas être un moyen de libération du débiteur, mais une faculté offerte par la loi ou le contrat à un débiteur de renoncer à la formation de celui-ci.

233. D'autre part, l'assimilation entre la clause de dédit et l'obligation alternative est également effectuée par certains auteurs en matière de promesse unilatérale ou synallagmatique de vente contenant une clause de dédit. A l'instar du débat sur la qualification de l'indemnité d'immobilisation contenue dans une promesse unilatérale de vente⁵⁰⁰ (notamment immobilière), à l'appui d'une jurisprudence, des auteurs⁵⁰¹ soutiennent que le promettant engagé unilatéralement dans une vente serait débiteur d'une obligation alternative : exécuter l'obligation prévue dans le contrat ou payer l'indemnité de dédit. « *Dans l'obligation avec dédit, au contraire, une seule chose est due et le dédit n'est pas un autre objet de la même obligation, il est l'objet d'une obligation distincte qui a sa propre cause* »⁵⁰². La qualification d'obligation alternative ne saurait, cependant, prévaloir en raison de l'absence d'équivalence entre les deux branches de l'alternative. En pratique, le créancier ne saurait être satisfait de manière équivalente si l'obligation prévue au contrat est exécutée ou si l'indemnité de dédit est versée. La justification tient au fait que ces deux branches de l'obligation ne sont généralement pas de même valeur et ne sauraient être assimilées en tant que tel par les parties : l'indemnité de dédit est souvent bien inférieure à la valeur de l'exécution de l'obligation, elle-même contrepartie d'une obligation souvent monétaire. De plus, il est avancé que chacune des parties à une promesse synallagmatique de vente d'un fonds de commerce contenant une clause de dédit devrait choisir entre deux éléments d'une alternative : le bénéficiaire aurait à opter entre la prise de possession de ce fonds et le paiement du dédit, tandis que le promettant entre la livraison du fonds de commerce et le versement de l'indemnité. Une jurisprudence isolée de la Cour d'appel de Colmar tend à statuer ainsi⁵⁰³. En l'espèce, un contrat de bail commercial avait été conclu par des personnes

⁴⁹⁹ Angers, 11 avr. 1951, préc.

⁵⁰⁰ V. supra n°202 et 203.

⁵⁰¹ Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, « Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire », *JCP* 1976.I.2790, n°13.

⁵⁰² Y. Dagoorne-Labbé, *op. cit.*, n°139.

⁵⁰³ Colmar, 27 oct. 1931, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine* 1932, p. 100.

physiques aux termes duquel les preneurs s'étaient réservés la faculté d'acquérir, avant une certaine date et moyennant un prix, l'immeuble loué. Un dépôt de garantie avait été également versé par les preneurs. Dans son arrêt confirmatif, la Cour d'appel de Colmar a estimé que l'obligation des preneurs s'analysait en une obligation alternative soit d'acquérir le fonds soit de verser l'indemnité de dédit versée comme dépôt de garantie de l'exécution du contrat du bail. Or, il semble que les juges du fond aient confondu les différentes relations contractuelles de l'espèce : celles afférentes au contrat de bail et celles relatives à l'existence d'une promesse d'achat d'un immeuble. Aucune obligation alternative ne saurait exister en l'espèce tant en raison de l'absence d'équivalence des prestations que de la différence de nature entre ces deux mécanismes. L'alternative n'existe qu'en apparence et non en droit⁵⁰⁴. A ceci s'ajoute que le choix inhérent à l'obligation disjonctive bénéficie soit au débiteur soit au créancier, selon l'article 1307-1 du Code civil, alors que la clause de dédit exclut toute idée de choix. Outre les arguments développés ci-dessus s'agissant de l'obligation facultative⁵⁰⁵, les deux choses sont dues en matière d'obligation alternative. Si je m'engage à vous céder mon fonds de commerce ou mon immeuble, ces deux éléments sont *in obligatione*. Dans cette hypothèse, une seule chose est due par chaque partie : le promettant (cédant) doit livrer le fonds et le bénéficiaire (acquéreur) en payer le prix. La disparition par force majeure d'une chose ne libère pas le débiteur d'une obligation alternative, qui demeure tenu de livrer l'autre. En revanche, si le fonds de commerce, objet de la promesse synallagmatique de vente avec dédit, périt par force majeure, le promettant est libéré et n'est pas contraint de verser l'indemnité. Cela étant, un tel promettant pourrait être astreint à une obligation alternative consistant à ne pas vendre à autrui le fonds de commerce ou à verser au bénéficiaire l'indemnité de dédit déterminée contractuellement. Telle a été l'appréciation retenue par le Tribunal civil de la Seine le 19 octobre 1957⁵⁰⁶ dans le cadre d'une promesse synallagmatique de vente selon laquelle le propriétaire des biens objets de la promesse s'engageait à ne pas vendre le bien ou à verser au potentiel acquéreur une indemnité de dédit. La rédaction de cet engagement doit, selon nous, être précisée afin d'emporter cette qualification, sous peine que cette obligation ne soit requalifiée en clause pénale en raison de l'inexécution d'une obligation d'exclusivité⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, thèse Caen, 1958, p. 69.

⁵⁰⁵ V. supra n°232.

⁵⁰⁶ T. civ. Seine, 19 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, p. 135-136.

⁵⁰⁷ V. infra n°239 et s.

Les obligations facultative et alternative se distinguent de la clause de dédit au regard de la période dans laquelle le droit peut s'exercer (formation ou exécution) et de l'absence d'anéantissement du contrat en cas d'exercice du droit. En outre, l'absence d'équivalence et d'alternative entre les deux prestations corrobore l'absence de similitude entre la clause de dédit et l'obligation disjonctive. « *Force est donc de constater la spécificité de la clause de dédit* »⁵⁰⁸ par rapport à l'obligation disjonctive intéressant, comme d'autres mécanismes, l'exécution d'une obligation.

Sous-Section 2 : Un mécanisme relatif exclusivement à l'exécution de l'obligation

L'obligation disjonctive octroie un choix entre plusieurs prestations à réaliser au moment de l'exécution de l'obligation. A ce titre, elle est souvent rapprochée de la dation en paiement mais ne peut y être assimilée (§1). Un rapprochement a également été effectué avec la clause pénale, laquelle intervient au moment de l'inexécution d'une obligation, mais ne saurait prospérer (§2).

§ 1 : Des différences tenant à l'objet de l'obligation entre l'obligation disjonctive et la dation en paiement

Du fait qu'elle constitue un mode d'exécution de l'obligation, l'obligation disjonctive est souvent rapprochée de la dation en paiement⁵⁰⁹, énoncée à l'article 1342-4 alinéa 2 du Code civil. Non définie par le Code civil, la dation en paiement constitue « *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* »⁵¹⁰. Toutefois, si le rapprochement peut être fait, il n'en demeure pas moins que la dation en paiement se distingue tant de l'obligation alternative en raison de la multitude de prestations dues (A) que de l'obligation facultative en raison de la prévision de l'objet substitué (B).

⁵⁰⁸ C. Humann, *op. et loc. cit.*

⁵⁰⁹ Pour des développements sur cette notion, V. notamment : M. Guimbaud, *Théorie générale de la dation en paiement*, thèse Poitiers, 1889 ; F. Bicheron, *La dation en paiement*, thèse Paris II, 2006 ; D. Léoty, « La nature juridique de la dation en paiement, La dation en paiement, paiement pathologique », *RTD civ.* 1975.12. ; D. Hiez, « La nature juridique de la dation en paiement, Une modification de l'obligation aux fins de paiement », *RTD civ.* 2004.199 ; J.-M. Ohnet, « Quelques points d'interrogation relatifs à certains effets de la dation en paiement », in *Etudes Simler, Litec*, 2006.

⁵¹⁰ G. Cornu, *op. cit.*, p. 296.

A) Une absence de multitude de prestations dues concernant la dation en paiement

234. L'obligation alternative et la dation en paiement sont toutes deux un mode d'exécution et de paiement de l'obligation par la remise au créancier d'un objet de l'obligation que les parties jugent équivalent. La remise par le débiteur d'un tel objet destiné à exécuter l'obligation est assujettie à l'accord du créancier, lequel jouit d'une certaine garantie d'être payé. Comme le font remarquer certains auteurs, « *cette formule sera utilisée par un débiteur de sommes d'argent impécunieux qui, faute de liquidités, proposera un bien en échange au créancier qui le presse de payer ; et ce dernier sera trop content d'accepter (souvent même il sera l'instigateur de l'opération) s'il redoute que le débiteur ne soit insolvable ou ne tombe en faillite* »⁵¹¹. Toutefois, à les analyser plus précisément, ces deux techniques du régime général des obligations se différencient substantiellement.

235. Contrairement à l'obligation alternative, la dation en paiement ne comporte pas une multitude de prestations mais une seule prestation que les parties décident d'un commun accord de remplacer par une autre lors de l'exécution de l'obligation. La dation en paiement se révèle être une exception à la règle de l'identité de l'objet du paiement : elle tend à l'exécution d'une obligation par la remise au créancier d'un objet autre que celui qui est convenu à l'avance et dû au créancier. Dès lors, un seul objet est *in obligatione* dans la dation en paiement, alors que tous les objets de l'obligation alternative sont dus. Mentionnons également que l'exercice du choix par son titulaire déterminera la prestation à exécuter mais n'aura pas pour effet immédiat d'éteindre l'obligation alternative. Le remplacement de l'objet initialement convenu par un autre dans le cadre de la dation en paiement aura pour effet, quant à lui, d'éteindre l'obligation. En outre, aucun choix n'existe en tant que tel dans la dation en paiement. Le créancier doit indiquer au débiteur s'il accepte ou non d'être désintéressé par une prestation différente de celle qu'il devait initialement recevoir. La prestation due au moment de l'engagement des parties est alors remplacée par une autre prestation à la suite de l'accord du créancier. Aussi, une différence majeure entre ces deux modes concerne le moment où le créancier doit donner son accord. La modalité de l'obligation postule une contractualisation de l'alternative au moment de l'engagement des parties impliquant que le créancier donne son consentement aux différentes prestations, si bien que l'exercice du droit d'option par son titulaire ne nécessitera pas un nouveau consentement des parties. Comme la dation en paiement consiste à substituer après

⁵¹¹ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.*, n°862.

l'engagement⁵¹² l'objet du paiement initialement convenu par un autre, l'accord (tacite⁵¹³ ou exprès) du créancier sera nécessaire. Il ne serait guère envisageable d'imposer au créancier une substitution d'objet sans sa volonté. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 5 décembre 1990 a pu, ainsi, mettre en lumière cette différence entre la dation en paiement et l'obligation alternative. Une personne physique avait cédé son droit au bail dans un immeuble que le bailleur avait projeté de rénover et d'adapter moyennant la délivrance d'un autre appartement situé dans l'immeuble d'une valeur de 250 000 francs. Quelques temps plus tard, le bailleur propose un autre appartement ou l'équivalent en numéraire compte tenu de la hausse du prix de l'immobilier. Le preneur refuse cette proposition et assigne le bailleur en délivrance du premier appartement, dont la valeur était estimée à 430 000 francs. La Cour d'appel de Douai a considéré que la proposition du bailleur était constitutive d'une dation en paiement nécessitant l'accord du créancier. Elle affirme, à ce sujet, que : « *la dation en paiement n'est pas un acte unilatéral créant pour le débiteur une obligation alternative en lui laissant la possibilité de choisir entre deux prestations, mais bien un acte consensuel auquel le créancier n'a adhéré que parce qu'il y trouvait un intérêt* »⁵¹⁴. Tout l'intérêt de l'obligation alternative réside dans sa prévision au moment de la formation de l'obligation afin qu'elle puisse s'exécuter pleinement postérieurement à l'exercice du choix. L'obligation alternative se manifeste alors par la simplicité qu'elle confère au stade de l'exécution de l'obligation et par la sécurité juridique qu'elle préserve⁵¹⁵.

En conséquence, la dation en paiement ne peut pas s'apparenter à une obligation alternative, principalement en raison du moment où le créancier donne son consentement à l'exécution d'une autre prestation. Toutefois, la dation en paiement semble se rapprocher davantage de l'obligation facultative sans pour autant se confondre avec celle-ci.

B) Une différence de prévision de l'objet de l'obligation substitué entre l'obligation facultative et la dation en paiement

236. La dation en paiement semble apparemment se rapprocher de l'obligation facultative en raison de la possible libération par le débiteur (et la satisfaction corrélative du créancier) d'un objet de l'obligation autre que celui initialement convenu et de la modification opérée de

⁵¹² Cass. com., 18 févr. 2003, n°99-19249.

⁵¹³ Cass. 1^{er} civ., 21 nov. 1995, *RTD civ.* 2005.783, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Contrats, conc., consom.* 1996, n°18, note L. Leveneur ; *JCP éd. N* 1996.900.

⁵¹⁴ Douai, 5 déc. 1990, n°6232/88.

⁵¹⁵ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9 et s.

l'objet de l'obligation. Les prestations pouvant faire l'objet d'une dation en paiement et celles d'une obligation facultative sont *in obligatione* et les prestations pouvant s'y substituer sont *in facultate solutionis*. Le lien entre l'objet subsidiaire de l'obligation facultative et l'autre prestation que celle qui est due par le débiteur⁵¹⁶ peut, ainsi, être effectué. Le créancier accepterait par avance que le débiteur use d'une dation en paiement⁵¹⁷. Cette ressemblance est telle qu'un auteur⁵¹⁸ a proposé d'appliquer le régime juridique de la dation en paiement à l'obligation facultative, qui en est dépourvue. Selon cet auteur soutenu par d'autres⁵¹⁹, « l'extinction d'une obligation facultative par l'exécution de la prestation *in facultate solutionis* répond en tous points aux deux critères de qualification de la dation en paiement : lorsque le débiteur exécute la prestation *in facultate solutionis*, il manifeste son désir d'éteindre l'obligation par l'exécution d'une prestation différente de celle qui est *in obligatione*, sans en modifier l'objet de l'obligation. On retrouve le double critère matériel (i.e. une différence dans l'objet de la prestation⁵²⁰) et intentionnel (i.e. une volonté d'éteindre une obligation initiale) de la qualification de la dation en paiement »⁵²¹.

237. Toutefois, comme d'autres auteurs⁵²², nous ne partageons pas cette opinion, puisque nous considérons que deux prestations composent l'obligation facultative, même si une seule est *in obligatione*, et que l'exercice du droit facultatif emporte modification de l'obligation, voire du contrat⁵²³. En raison de la mise en jeu de l'une ou l'autre de ces institutions, l'objet dû est remplacé par un autre, dont sa nature peut être différente. En outre, la dation en paiement suppose que l'objet de l'obligation substitué préexiste à celui de son successeur, ce qui ne peut être le cas de l'obligation facultative, dont l'objet principal de l'obligation et l'objet subsidiaire de l'obligation sont déterminés *ab initio* simultanément. L'accord du créancier pour que la dation en paiement s'opère survient après l'engagement initial des parties de sorte que le moment où le créancier donne son consentement constitue un point d'achoppement entre ces deux instruments juridiques. Contrairement à ce qu'affirme

⁵¹⁶ C. civ., art. 1342-4 al.2

⁵¹⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1240.

⁵¹⁸ F. Bicheron, *op. cit.*, n°14.

⁵¹⁹ P.-Y. Gautier, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 1^{er} avr. 2004, n°2, p. 543 et s ; J.-F. Hamelin, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Dation en paiement*, 2016, n°13.

⁵²⁰ F. Bicheron, *op. cit.*, n°38.

⁵²¹ F. Bicheron, *op. cit.*, n°276.

⁵²² A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris II, 1974, n°180 et s ; D. Hiez, *op. cit.* ; G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. II, 3^{ème} éd. 1907, n°1684, p. 705 ; Y. Picod, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Obligations*, 2016, n°66.

⁵²³ V. supra n°218 et s.

Monsieur Bicheron⁵²⁴, nous estimons que la nature juridique même du mécanisme de la dation en paiement exclut la délivrance du consentement à celle-ci au stade de l'engagement des parties. De plus, à l'instar de ce que nous avons indiqué lors de la comparaison avec l'obligation alternative⁵²⁵, il n'existe pas de droit facultatif offert au débiteur d'une dation en paiement. La faculté d'accepter ou non cette modalité de paiement appartient au seul créancier, lequel peut librement refuser. Pareillement, la possibilité pour le débiteur de se libérer en employant la prestation subsidiaire ne nécessite point l'accord du créancier en matière d'obligation facultative, dans la mesure où il l'a déjà donné au moment de la formation de l'obligation⁵²⁶. De même, un seul objet de l'obligation existe en matière de dation en paiement, alors que l'obligation facultative postule l'existence d'au moins deux objets de l'obligation. En outre, s'agissant des sources, la dation en paiement est d'origine contractuelle alors que l'obligation facultative peut être prévue par la loi ou par le contrat. Il existe, enfin, entre ces deux notions une différence de nature : « *l'obligation facultative est de la famille des obligations, elle est une sorte d'obligation, alors que la dation en paiement est de la famille des modes d'extinction des obligations, elle en est une variété* »⁵²⁷. Dès lors, il nous semble inadéquat d'appliquer le régime juridique de la dation en paiement à l'exécution de la prestation subsidiaire, laquelle jouit d'une certaine autonomie.

238. Une illustration de la distinction entre l'obligation disjonctive et la dation en paiement nous est, à cet égard, fournie dans le domaine de la distribution de dividendes en nature, objet de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 juin 1990⁵²⁸. Lors d'une assemblée générale d'une société à responsabilité limitée, les associés avaient voté la distribution de bénéfices sous forme de dividendes, lesquels pouvaient, au gré des associés, être payés en numéraire ou en nature par une remise de droits immobiliers. Les associés ont opté pour la seconde possibilité. L'administration fiscale a estimé que ce mode de règlement constituait une dation en paiement sujette aux droits d'enregistrement frappant les mutations d'immeubles et a, ainsi, émis un avis de recouvrement. Le Tribunal de première instance a confirmé le bien-fondé de cet avis rejetant l'existence d'une obligation alternative si bien que la société s'est pourvue en cassation. La chambre commerciale a alors cassé le jugement afin

⁵²⁴ F. Bicheron, *op. cit.*, n°277.

⁵²⁵ V. supra n°234.

⁵²⁶ G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, p. 705.

⁵²⁷ F. Bicheron, *op. cit.*, n°278.

⁵²⁸ Cass. com., 6 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n°166 ; *RTD civ.* 1991.741, obs. J. Mestre ; *JCP éd. E* 1991.II.166, note M. Marteau-Petit ; *Bull. Joly* 1990, p. 813, note P. Derouin.

de retenir les arguments du pourvoi de la société, dont l'existence d'une obligation alternative. En l'espèce, il est patent que les associés en décidant une distribution de bénéfices font naître une dette de la société vis-à-vis de ses associés. Puis, l'assemblée générale des associés a octroyé aux associés un droit d'option quant au mode de paiement de l'obligation de la société : un paiement en numéraire ou l'octroi de droits immobiliers. Elle a alors décidé d'aménager une modalité alternative à la dette de la société. Ainsi, l'obligation de la société ne saurait être assimilée à une dation en paiement, dans la mesure où les deux prestations ont été déterminées au moment de la naissance de l'obligation, à savoir lors de ladite assemblée générale. En l'espèce, aucune prestation non convenue *ab initio* n'est venue se substituer à l'obligation originaire. C'est pourquoi la doctrine a accueilli favorablement cette solution, laquelle est d'ailleurs prévue à l'article L. 232-18 du Code de commerce à l'égard des sociétés par actions⁵²⁹. La qualification en obligation facultative ne saurait être également retenue, puisque les associés ont placé les deux branches de l'alternative sur le même plan et le choix appartenait aux créanciers, à savoir aux associés de la société.

En somme, la différence entre l'obligation disjonctive et la dation en paiement réside dans la pluralité des objets de l'obligation ou des prestations : elle est requise pour l'obligation disjonctive au moment de l'engagement des parties ; alors qu'elle se succède dans le temps et nécessite un nouvel accord du créancier pour la dation en paiement. L'obligation disjonctive apparaît alors plus souple à mettre en œuvre que la dation en paiement. Le mécanisme même de l'obligation disjonctive et sa plasticité permettent également d'exclure une similitude notionnelle avec la clause pénale et la clause de remboursement anticipé, lesquelles interviennent au stade de l'inexécution de l'obligation.

§ 2 : L'obligation disjonctive, une modalité de l'obligation excluant toute inexécution contractuelle

L'obligation disjonctive est parfois évoquée en matière d'inexécution contractuelle, au regard des solutions qui s'offrent parfois au débiteur entre exécuter l'obligation ou payer une indemnité forfaitaire en cas d'inexécution. L'appréhension de l'obligation disjonctive

⁵²⁹ C. com., art. L. 232-18 : « Dans les sociétés par actions, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividende, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions ».

nécessite alors de la rapprocher de la clause pénale⁵³⁰ (A) et de la clause de remboursement anticipé d'un prêt (B).

A) L'absence de caractère comminatoire de l'obligation disjonctive

239. La clause pénale peut être définie comme « *celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution par le débiteur, en cas de retard ou d'inexécution* »⁵³¹. La clause pénale et l'obligation disjonctive sont souvent comparées pour au moins trois raisons : elles nécessitent une stipulation au stade de la formation du contrat en tant que modalité de l'obligation, elles se trouvent soumises au facteur temps et tendent à favoriser l'exécution de l'obligation du débiteur.

240. D'une part, d'aucuns se sont interrogés sur la possibilité pour le débiteur de pouvoir choisir entre exécuter la prestation prévue au contrat ou payer l'indemnité déterminée par la clause pénale. Cette dernière a vocation à s'appliquer lorsqu'un débiteur se révèle défaillant dans le cadre de l'exécution de ses obligations. A cette fin, il s'est engagé vis-à-vis de son créancier à accomplir une prestation unique, laquelle sera sanctionnée par des dommages-intérêts forfaitaires en cas d'inexécution de l'obligation principale. Ainsi, le débiteur est astreint au paiement de l'obligation principale et, à défaut, de la somme prévue par la clause pénale. Celle-ci apparaît alors comme un mécanisme visant à sanctionner un manquement du débiteur. L'obligation de payer la peine est une obligation autonome et accessoire à l'obligation principale et mise en œuvre en cas d'inexécution de cette dernière. Il en est différemment de la mise en œuvre de l'obligation disjonctive, laquelle n'implique pas un manquement du débiteur ni dans ses conditions d'application ni dans l'exercice du choix du titulaire. Cette modalité de l'obligation agit au stade de l'exécution de l'obligation afin de déterminer laquelle des prestations sera réalisée par le débiteur et non au stade de l'inexécution et de la responsabilité contractuelle. De fait, les dommages-intérêts résultant de la mise en jeu de cette clause pénale ne sauraient se confondre avec le paiement d'une somme d'argent objet de l'obligation disjonctive. C'est pourquoi la chambre criminelle de la Cour de cassation a usé de son pouvoir de contrôle des qualifications dans un arrêt en date du 22

⁵³⁰ Pour des développements sur la clause pénale, V. : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse Paris XII, 1990, spéc. n°170 et s. ; C. Maruani, *La clause pénale*, thèse Paris, 1935 ; J. Maurel, *De la clause pénale dans les obligations*, thèse Caen, 1890 ; J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, 1158 ; G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale », *RTD civ.* 1985.647.

⁵³¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°621.

novembre 1973⁵³² afin de différencier ces deux mécanismes. En l'espèce, une clause pénale avait été stipulée dans un contrat de travail à durée déterminée aux termes de laquelle l'une des parties (le salarié ou l'employeur) qui résilierait le contrat avant son terme serait redevable de cette indemnité. La Cour d'appel de Paris a perçu l'existence d'une obligation alternative mise à la charge de chaque partie, à savoir exécuter le contrat de travail ou payer la somme d'argent due au titre de la clause pénale. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en rappelant que l'insertion d'une clause pénale ne saurait justifier l'existence d'une obligation alternative et légitimer l'inexécution d'une obligation. La clause pénale a seule pour objet de réparer les conséquences de l'inexécution d'une obligation. En conséquence, un magistrat ne saurait s'immiscer, sur le fondement de l'article 1231-5 alinéa 2 du Code civil, dans un contrat prévoyant une obligation alternative afin de réduire le montant d'une obligation de somme d'argent, branche d'une alternative entre des prestations, librement considérées par les parties comme équivalentes. L'obligation disjonctive apparaît, à cet égard, plus efficace que la clause pénale. Cependant, il n'en reste pas moins que la distinction reste tenue et notamment lorsque les deux prestations sont d'une valeur équivalente⁵³³. La Cour de cassation veille, cependant, à faire respecter ces différentes qualifications aux juges du fond qui, sensibles au pouvoir modérateur, seraient quelquefois enclins à faire de l'article 1231-5 alinéa 2 du Code civil une lecture un peu hâtive⁵³⁴. Précisons que l'existence de plus de deux prestations objet de l'obligation rejette définitivement la qualification de clause pénale. Si l'une des prestations fait l'objet d'une évaluation bien supérieure à l'autre, l'existence d'une clause pénale sera à privilégier, au regard de son caractère comminatoire. Dans l'hypothèse où les deux prestations seraient équivalentes⁵³⁵, le rapprochement avec l'obligation disjonctive est plus marqué, si le débiteur dispose d'un choix. En effet, la clause pénale en tant que mécanisme de sanction de l'inexécution d'une obligation ne confère aucun choix au débiteur : celui-ci ne peut pas proposer au créancier de payer la peine au lieu d'exécuter son obligation principale. En d'autres termes, l'existence d'un droit d'option ou d'un droit facultatif en faveur du débiteur est exclue s'agissant de la clause pénale. Aucune libération du débiteur ne peut être effectuée en raison de sa faute contractuelle : ce « *serait admettre la théorie de la violation efficace du contrat* »⁵³⁶.

⁵³² Pour une illustration, Cass. crim., 22 nov. 1973, *Bull. crim.* n°433, *JCP* 1973.IV.429.

⁵³³ D. Veaux, *op. cit.*, n°28.

⁵³⁴ J. Mestre, « De la notion de clause pénale et ses limites », *RTD civ.* 1985.372.

⁵³⁵ V. supra n°120 et s.

⁵³⁶ S. Pimont, « Clause pénale », *Rép. civ. Dalloz*, 2016, n°27.

241. D'autre part, avant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, il était envisagé d'appréhender l'ancien article 1228 du Code civil⁵³⁷ comme conférant un choix au créancier entre réclamer l'exécution principale ou l'exécution de la peine. Or, la stipulation d'une clause pénale entraîne l'existence de deux obligations dotées chacune d'un seul objet, dans l'hypothèse où le débiteur de l'obligation principale serait défaillant, ce que n'est pas la structure de l'obligation disjonctive comportant une seule obligation dotée de deux ou plusieurs objets de l'obligation alternatifs ou facultatifs. Dans l'obligation alternative, toutes les prestations sont dues principalement, alors qu'une seule prestation est due à titre principal dans la clause pénale. L'engagement issu de la clause pénale n'est ferme qu'à compter du moment où le débiteur est défaillant dans l'accomplissement de ses obligations. Aussi, dans l'obligation facultative, deux prestations existent : une seule est *in obligatione* et l'autre est *in facultate solutionis*. En aucun cas, ce débiteur ne saurait être tenu aux deux prestations et encore moins à deux obligations, comme le débiteur d'une clause pénale si elle est mise en œuvre. La clause pénale se distingue également de l'obligation disjonctive, au sens où le créancier devrait d'abord demander l'exécution de l'obligation principale puis, en cas de défaillance de son débiteur, le versement des dommages-intérêts prévus par le contrat. Aussi, le « *juge pouvant décider que l'exécution étant possible, le créancier ne saurait exiger la clause pénale* »⁵³⁸. Tel n'est évidemment pas la norme de l'obligation disjonctive où le créancier titulaire du choix bénéficie d'un droit potestatif entre ces prestations⁵³⁹. La clause pénale se montre, ainsi, plus rigide que l'obligation disjonctive, dont le mode d'exécution peut être librement choisi⁵⁴⁰. Cela étant, précisons que l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris le texte de l'ancien article 1228 du Code civil de sorte que la qualification de son contenu n'a plus grand intérêt.

242. Enfin, la nature de la clause pénale est dictée par l'obligation principale au stade de la formation de l'engagement, alors que la nature de l'obligation disjonctive sera déterminée au moment de l'exercice du choix⁵⁴¹. S'agissant des conséquences attachées à cette comparaison, elles divergent sensiblement en cas de nullité de l'obligation principale. En raison de son caractère accessoire, l'ancien article 1227 alinéa 1^{er} du Code civil prévoyait la nullité de la

⁵³⁷ C. civ., anc. art. 1228 : « *le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* ».

⁵³⁸ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°1812.

⁵³⁹ V. supra n°196 et s.

⁵⁴⁰ L. Bineau, *op. cit.*

⁵⁴¹ V. infra n°399 et s.

clause pénale en cas de nullité de l'obligation principale. « *Quand la convention principale ne doit pas être exécutée, il est bien évident qu'il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts pour le défaut ou le retard d'une exécution qui n'est pas due* »⁵⁴². Les dispositions actuelles du Code civil ne se prononcent pas en ce sens. Toutefois, sauf stipulation contraire, il semble que le principe selon lequel l'accessoire suit le principal demeure. L'inverse n'est évidemment pas vrai : l'obligation principale survit en cas de disparition de la clause pénale⁵⁴³. Sur ce point, la clause pénale se rapproche de l'obligation facultative, puisque la disparition de la prestation subsidiaire n'aura aucun impact sur la validité de l'obligation facultative, alors que la disparition de la prestation principale entraînera l'anéantissement de l'obligation. Grâce à la multitude des prestations composant une obligation alternative, la disparition de l'une d'elles n'emporte pas anéantissement de l'obligation mais subsistance d'une obligation pure et simple.

En somme, la clause pénale constitue une indemnité forfaitaire consécutive à une inexécution contractuelle, qui se distingue nettement de l'obligation disjonctive conférant à une partie la faveur d'un choix entre plusieurs prestations à réaliser par le débiteur. La clause de remboursement anticipé suscite également quelques discussions quant à sa qualification ou non en obligation disjonctive.

B) L'absence de qualification de la clause de remboursement anticipé d'un prêt en obligation disjonctive

243. La clause de remboursement anticipé volontaire d'un prêt a fait l'objet d'un contentieux afin de savoir si la qualification de clause pénale ou d'obligation disjonctive devait être retenue. Des auteurs⁵⁴⁴ soutiennent que la clause d'un contrat de prêt qui autorise le remboursement anticipé d'un crédit assujettit l'emprunteur à une obligation alternative en vertu de laquelle il doit soit rembourser les échéances prévues dans le cadre normal de l'exécution du contrat de prêt soit rembourser par anticipation le prêt en payant en sus la pénalité prévue au contrat. Le Doyen Jacques Mestre⁵⁴⁵ estime, par ailleurs, qu'il existe « *un mode normal d'exécution de l'obligation de remboursement (le remboursement du crédit aux*

⁵⁴² V. Marcadé, *op. cit.*, n°649.

⁵⁴³ C. civ., art. 1227 al.2.

⁵⁴⁴ A. Baydoun, *Les obligations alternatives*, thèse Paris II, 2005, p. 159 et s. ; J.-L. Rives-Lange à propos du jugement du TGI de Tours, 4 juin 1987, *Banque* 1987.725 ; *RTD civ.* 1988.110, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1989.504, obs. M. Gabrillac et B. Teyssié.

⁵⁴⁵ J. Mestre, « Le juge face aux stipulations contractuelles excessives », *RTD civ.* 1988.110.

échéances initialement convenues) et un mode toléré mais pénalisé » de sorte que l'ancien article 1152 du Code civil serait applicable, comme l'ont admis des juges du fond⁵⁴⁶.

244. Au regard de la jurisprudence⁵⁴⁷ et de la doctrine⁵⁴⁸, il semble qu'une distinction s'impose selon qu'une clause de remboursement anticipé et qu'une indemnité due par l'emprunteur aient été ou non stipulées dans le contrat de prêt⁵⁴⁹. Si tel est le cas, cela implique que les parties aient considéré cette possibilité comme un mode d'exécution et de libération de l'emprunteur et non comme une sanction de l'inexécution de rembourser à terme le prêt. Le remboursement anticipé du prêt constitue, dès lors, l'exercice d'un droit dont l'indemnité fixée dans le contrat en est la contrepartie⁵⁵⁰. Seule la qualification d'obligation disjonctive demeure, dès lors, envisageable. S'agissant de la qualification d'obligation alternative⁵⁵¹, il est requis la réunion de ses conditions, telles que le libre choix entre au moins deux prestations jugées équivalentes par les parties ou la réservation du choix au débiteur ou au créancier. Cette qualification ne semble pas pouvoir être retenue, puisqu'au moment de la formation de l'obligation, contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine⁵⁵², il paraît étrange que les parties considèrent comme équivalentes les deux prestations. Toutefois, la qualification en obligation facultative⁵⁵³ demeure davantage appropriée, compte tenu de l'intention des parties de conférer la possibilité au débiteur de se libérer par anticipation en versant l'indemnité convenue et les échéances restant dues. L'analyse se focalise, ainsi, sur le débiteur. L'exclusivité conférée à l'emprunteur de choisir pour cette prestation subsidiaire confirme cette analyse. La jurisprudence va également en ce sens, lorsqu'elle évoque un mode subsidiaire d'exécution du contrat⁵⁵⁴ ou l'« *exercice d'une faculté convenue entre les parties* »⁵⁵⁵. De fait, en présence d'une clause de remboursement anticipé dans le contrat, la

⁵⁴⁶ TGI de Tours, 4 juin 1987, préc. ; Aix-en Provence, 25 avr. 1991, *RJDA* 7/91, n°564.

⁵⁴⁷ TGI de Tours, 4 juin 1987, préc. ; Paris, 16 mai 1989, *D.* 1989.121, obs. G. Paisant ; Paris, 19 déc. 1991, *RJDA* 6/92, n°557 ; Cass. 1^{er} civ., 7 oct. 1992, *Bull. civ.* I, n°245 ; Cass. 1^{er} civ., 2 déc. 1992, *Bull. civ.* I, n°1 ; *D.* 1993.213, note Ph. Delebecque ; Cass. 1^{er} civ., 24 nov. 1993, *RJDA* 2/94 ; *Defrénois*, 1994, n°64, note D. Mazeaud ; Cass. 1^{er} civ., 7 févr. 1995, *Bull. civ.* I, n°76, note J.-R. Mirbeau-Gauvin ; Cass. 1^{er} civ., 18 avr. 2000, n°98-12056 ; Cass. com., 3 juil. 2001, n° 98-17575 ; Cass. 1^{er} civ., 25 févr. 2003, n°99-19990.

⁵⁴⁸ Outre les notes ou observations dans les décisions de justice précitées, J.-R. Mirbeau-Gauvin, « Le remboursement anticipé en droit français », *D.* 1995.45 ; P.-Y. Gautier, « Causes et effets différents d'une même obligation, le remboursement anticipé du prêt d'argent », *RTD civ.* 1993.607.

⁵⁴⁹ J.-L. Rives-Lange, *op. cit.*

⁵⁵⁰ D. Mazeaud, sous Cass. 1^{er} civ. 24 nov. 1993, préc.

⁵⁵¹ V. par ex., Paris, 16 mai 1989, préc.

⁵⁵² A. Baydoun, *op. cit.*, p. 159 et s. ; J.-L. Rives-Lange à propos du jugement du TGI de Tours, 4 juin 1987, préc. ; M. Gabrillac et B. Teyssié, TGI de Tours, *op. cit.*

⁵⁵³ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale, op. cit.*, n°248.

⁵⁵⁴ Paris, 19 déc. 1991, *RJDA* 6/92, n°557.

⁵⁵⁵ Cass., 1^{er} civ. 24 nov. 1993, préc. ; Cass. 1^{er} civ. 25 févr. 2003, préc.

possibilité pour l'emprunteur de se libérer par anticipation révèle l'existence d'une obligation facultative⁵⁵⁶.

245. Néanmoins, la qualification de l'indemnité de remboursement anticipé en clause pénale l'emporte, dès lors que les parties ont entendu faire de l'indemnité pénale un moyen de pression sur le débiteur ou n'ont pas prévu la possibilité pour l'emprunteur de rembourser de manière anticipée le prêt⁵⁵⁷. Dans la mesure où le terme du prêt à titre onéreux profite à la fois à l'emprunteur et au prêteur⁵⁵⁸, ces deux parties doivent consentir ensemble à avancer le terme du contrat de prêt. L'emprunteur ne serait donc unilatéralement autorisé à le faire, sauf à inexécuter ses obligations. La pénalité apparaît alors comme un mode de sanction de l'inexécution de l'obligation. La finalité de la pénalité due en cas de remboursement anticipé du prêt est bien destinée à dédommager le prêteur du gain perdu, puisqu'il ne percevra pas sa rémunération (i.e. les intérêts du prêt jusqu'au terme de celui-ci). L'exigibilité prématurée d'une obligation ne saurait être assimilée au choix d'un autre objet. La clause de remboursement anticipé du prêt constitue alors une clause de déchéance du terme ou une *Material Adverse Change (MAC) clause*⁵⁵⁹ excluant la qualification en obligation disjonctive.

L'obligation disjonctive ne saurait être assimilée à un mécanisme intervenant au moment de l'inexécution d'une obligation, dans la mesure où sa finalité consiste à rendre flexible l'exécution de l'obligation par le bénéfice d'un choix et non à permettre à l'une des parties d'inexécuter son obligation ou de légitimer l'inexécution de celle-ci. L'existence de ce choix postule une liberté des parties au stade de l'exécution des obligations. Entre le moment de la naissance du choix et son exercice, des événements ont pu impacter le titulaire du choix. C'est pourquoi, avant l'exercice du choix, il est requis de déterminer définitivement le bénéficiaire de celui-ci.

⁵⁵⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1085.

⁵⁵⁷ TGI Tours, 4 juin 1987, préc.

⁵⁵⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1295 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1203 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°1025 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 7^{ème} éd. 2013, n°390 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2015, n°869.

⁵⁵⁹ Pour plus de développements sur ces clauses, V. notamment : R. Marty, « Les clauses d'événements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement », *JCP éd. E* 2011.1250 ; A.-C. Pélissier, « La MAC Clause », *RLDC* 2006/26, n°1081.

Section 2 : La détermination définitive du titulaire avant l'exercice du choix

Si le titulaire du choix est nécessairement le débiteur ou le créancier et s'il est déterminé ou déterminable au moment de la conception de l'obligation⁵⁶⁰, l'écoulement du temps entre ce moment et l'exercice du choix a pu engendrer quelques obstacles liés à son identité (Sous-Section 1) ou à sa capacité (Sous-Section 2). Cette identité ou cette capacité est requise avant l'exercice du choix, afin que cet exercice puisse être pleinement efficace.

Sous-Section 1 : Les obstacles liés à l'identité du titulaire du choix

En principe, c'est à la partie à laquelle appartient le choix de l'exercer. Toutefois, postérieurement à l'engagement des parties, l'obligation disjonctive peut avoir été transférée. Ce transfert peut impliquer des obstacles quant à l'exercice du choix par l'ayant cause à titre particulier (§1) ou par l'ayant cause à titre universel (§2).

§ 1 : L'exercice normal du choix par l'ayant cause à titre particulier

246. Sous réserves de dispositions légales ou contractuelles applicables, le titulaire du choix en tant que débiteur ou créancier de l'obligation peut envisager de transmettre à titre gratuit (par exemple, une donation) ou à titre onéreux sa dette⁵⁶¹ ou sa créance (par exemple, une cession de créance) à un tiers. Ainsi, la question du caractère *intuitu personae* du choix suscite l'analyse. Nous avons démontré que le choix afférent à l'obligation disjonctive était un droit potestatif valable⁵⁶² portant sur des prestations et qu'il était la quintessence de l'obligation disjonctive⁵⁶³. Le choix se rattache indéniablement au droit dont bénéficie son titulaire à travers la stipulation d'une obligation disjonctive. Sauf stipulation contraire, il vise la qualité du titulaire du choix (débiteur ou créancier) et non la personne physique ou personne morale désignée précisément. En d'autres termes, « *la faculté de choisir n'est pas personnelle à la partie à laquelle elle appartient* »⁵⁶⁴. Dès lors, toute tentative de transférer le choix indépendamment de l'obligation ne serait que vaine, et ce d'autant qu'une évaluation pécuniaire indépendante semble difficile.

⁵⁶⁰ V. supra n°187 et s.

⁵⁶¹ Sous réserve de l'application des articles 1327 à 1328-1 du Code civil. Pour plus de développements au sujet de la cession de dette, V. notamment : J. François, « Les opérations sur la dette », *RDC* hors série, avr. 2016, p. 45 ; V. Lasserre, « La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016.1578 ; M. Julienne, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* 2016, 260.

⁵⁶² V. supra n°196 et s.

⁵⁶³ V. supra n°147 et s.

⁵⁶⁴ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°42.

247. En outre, la transmission de l'obligation en elle-même nous amène à nous interroger sur la transmission corrélatrice de la modalité disjonctive et plus exactement, sur la qualification d'accessoire de celle-ci, au sens de l'article 1321 alinéa 3 du Code civil. L'accessoire suit l'obligation principale en raison du lien de dépendance existant avec l'obligation principale. La qualification d'accessoire nécessite de s'intéresser à ses effets, énonce un auteur⁵⁶⁵. Ce dernier ajoute aussi que « *puisque le propre de l'accessoire est de suivre la créance dans les patrimoines de ses titulaires successifs, il doit être un droit ou une action qui n'a pas d'autre finalité que d'en renforcer la valeur ou d'en favoriser le recouvrement ; une prérogative dont l'exercice ne peut être profitable qu'au titulaire quel qu'il soit* ». La modalité disjonctive de l'obligation participe de cette fonction de service de la créance en offrant un choix à son titulaire entre plusieurs prestations à exécuter. Par exemple, en tant que garantie de l'obligation, la modalité alternative ou facultative de l'obligation concourt à prémunir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur⁵⁶⁶. La multiplicité des fonctions de l'obligation alternative confirme cette qualification⁵⁶⁷. Dès lors, il est patent que la modalité disjonctive de l'obligation constitue un accessoire⁵⁶⁸ transféré à l'ayant cause à titre particulier⁵⁶⁹, qu'il soit, par exemple, cessionnaire ou donataire. Le choix initialement conféré au transmettant sera alors exercé par le bénéficiaire du transfert⁵⁷⁰ dans les mêmes termes et conditions que ceux de l'engagement initial, puisque celui-ci n'est aucunement modifié par ce transfert.

Si la transmission de l'obligation disjonctive à l'ayant-cause à titre particulier ne pose pas de difficulté quant à l'exercice du choix, il en est autrement quand le patrimoine du titulaire du choix est intégralement transmis.

⁵⁶⁵ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, éd. 1983, n°19, p. 115.

⁵⁶⁶ V. supra n°265 et s.

⁵⁶⁷ V. infra n°264 et s.

⁵⁶⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.*, n°434 ; A. Collin et H. Capitant, *Traité de Droit civil, Obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 1959, par L. Julliot de la Morandière, n°1679 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n°175.

⁵⁶⁹ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2005, n°220.

⁵⁷⁰ V. Giscard, *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888, p. 36 ; A. Baydoun, *op. et loc. cit.*

§ 2 : L'exercice du choix par l'ayant cause à titre universel

En cas de disparition du bénéficiaire du choix, la doctrine a principalement évoqué la situation où le titulaire du choix serait une personne physique (A). Néanmoins, il ne faut pas occulter la réalité des contrats d'affaires mettant aux prises des personnes morales, pouvant faire l'objet d'une restructuration ou d'une disparition entre le moment de la formation et celui de l'exécution de l'obligation (B).

A) En cas de décès du titulaire du choix, personne physique

248. En cas de décès du bénéficiaire du choix *es* qualité de personne physique, l'exercice du choix revient, par application de la transmission universelle du patrimoine posée par l'article 724 du Code civil, au(x) successible(s)⁵⁷¹, sauf si le choix était rattaché exclusivement à la partie décédée. « *Le terme « successible » désigne l'héritier qui n'a pas encore exercé son option. Le successible dispose d'une option à trois branches : accepter purement et simplement, accepter à concurrence de l'actif net, renoncer* »⁵⁷².

249. Sous le droit antérieur à la réforme du 10 février 2016⁵⁷³, des difficultés naissaient, lorsque les héritiers ne désiraient pas choisir la même prestation. La règle de l'indivisibilité du droit d'option posée par l'ancien article 1191 du Code civil⁵⁷⁴ (transposable à l'obligation facultative) entraînait alors en conflit avec la divisibilité des droits et des obligations proclamée par l'ancien article 1220 du Code civil⁵⁷⁵. Alors que ce dernier article prévoyait la possibilité pour chacun des héritiers de choisir chacun un objet de l'obligation, tel n'était pas le sens de

⁵⁷¹ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse Paris, 1967, n°301 et s. ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collab. de G. Lagarde, 2^{ème} éd, n°801 : « le choix passe aux héritiers » ; Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°43 et s. ; M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^{ème} éd. 1844, n°139 ; D. Veaux, *op. cit.*, n°38 et s. ; L. Bineau, *op. cit.* ; A. Baydoun, *op. cit.*, p. 247 et s.

⁵⁷² F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2014, n°749. Pour plus de développements sur l'option successorale, V. notamment : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n°749 et s. ; Ph. Malaurie et C. Brenner, *Les successions, Les libéralités*, LGDJ, 6^{ème} éd. 2014, n°179 et s. ; S. Ferré-André et S. Berre, *Successions et libéralités*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2014, n°561 et s. ; B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *Libéralités et successions*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2015, n°541 et s. ; N. Levillain et M.-C. Forgeard, *Liquidation des successions*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2013, p. 87 et s.

⁵⁷³ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁵⁷⁴ C. civ., anc. art. 1191 : « le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre ».

⁵⁷⁵ C. civ., anc. art. 1220 : « l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur ».

la disposition afférente à l'obligation alternative affirmant que le créancier ne saurait être contraint de recevoir une partie d'une prestation et une partie d'une autre. Cette divergence n'était pas résolue par les règles relatives à l'obligation alternative et la jurisprudence n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur la primauté d'une règle par rapport à l'autre ainsi que sur les solutions à apporter quant à l'exercice du choix, dans cette hypothèse.

250. L'indivisibilité du choix n'est *per se* pas précisée par la réforme du 10 février 2016 relative notamment au régime général des obligations. Eu égard au concept de l'obligation alternative, il est patent que ce principe demeure. La doctrine⁵⁷⁶ s'accorde à retenir que le créancier ne saurait être obligé de recevoir du débiteur ou de ses ayant-cause un paiement fractionné, au sens où il serait satisfait par l'exécution partielle d'un objet de l'obligation complétée d'une partie de l'autre objet. La division des dettes résultant de la qualité d'héritier ne saurait, toutefois, pas modifier la nature même du choix et corrélativement la nature de l'obligation disjonctive. Cette affirmation se justifie par le fait que le débiteur ne doit ou ne devait que l'une des deux prestations comprises dans l'obligation et non les deux ou une combinaison des deux. A ceci s'ajoute que le choix se révèle être indivisible par nature si bien que le fractionnement de la dette ou de la créance demeure impossible⁵⁷⁷. L'article 1191 de l'avant-projet Catala et l'article 18 du projet de la Chancellerie de 2013 envisageaient une autre rédaction de l'ancien article 1191 du Code civil : « *Le débiteur ne peut ni choisir ni être contraint d'exécuter partie d'une prestation et partie de l'autre* ». Le principe de la divisibilité de l'obligation posé par l'ancien article 1220 du Code civil a été abandonné par l'alinéa 3 de l'article 1320 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁷⁸. Tout l'intérêt de l'indivisibilité est d'exclure la divisibilité de plein droit de l'obligation en présence de plusieurs héritiers qu'ils soient débiteurs ou créanciers⁵⁷⁹ afin de pouvoir réclamer l'exécution intégrale de l'obligation à l'un quelconque des débiteurs⁵⁸⁰. En tant que garantie pour le créancier, le choix demeure indivisible en toutes circonstances.

251. Les héritiers du titulaire du choix doivent alors s'accorder au sujet du sens de leur choix. L'exercice du choix suppose alors l'unanimité des héritiers. C'est d'ailleurs en ce sens

⁵⁷⁶ Ch. Beudant, *op. et loc. cit.* ; R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°255 ; Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°43 et s. ; L. Bineau, *op. cit.* ; D. Veaux, *op. cit.*, n°40 ; V. Marcadé, *op. cit.*, n°581.

⁵⁷⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1351.

⁵⁷⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁵⁷⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°1265 et 1269.

⁵⁸⁰ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°188 et s.

que se prononce Monsieur Mignot⁵⁸¹, par le biais d'un raisonnement par analogie avec la faculté de rachat issue du droit de la vente ou le droit de résolution contractuelle. Face à une éventuelle situation de blocage, la doctrine a alors proposé diverses solutions : tirage au sort comme le prévoyait le droit romain, loi de la majorité des héritiers⁵⁸², désignation d'un mandataire des héritiers, paiement à l'un des héritiers sur le fondement de l'article 1320 du Code civil s'il accepte d'exercer le choix⁵⁸³ et, à défaut, recours au juge. L'éventuelle mésentente entre héritiers constituerait, selon nous, une absence de choix due à une impossibilité fautive d'exécuter qui devrait être traitée comme telle⁵⁸⁴.

252. Cela étant, force est de constater qu'il appartenait aux rédacteurs du Code civil de prévoir cette situation de blocage et qu'il est regrettable que les nouvelles dispositions relatives à l'obligation disjonctive ne l'envisagent pas expressément. Il semble que le nouvel article 1320 du Code civil consacré aux obligations à prestation indivisible suffise, néanmoins, à traiter de la combinaison des anciens articles 1191 et 1120 du Code civil, même si une nouvelle fois la situation potentielle de blocage n'y est point traitée. Il est alors préférable que le bénéficiaire du choix, de son vivant, soit désigne un tiers afin d'administrer ou de liquider tout ou partie de la succession à travers le mandat à effet posthume⁵⁸⁵ (de sorte que ce mandataire exercerait le choix), soit choisisse de manière anticipée la prestation qui sera réalisée en cas de mésentente entre les héritiers.

Le décès du titulaire du choix, personne physique, peut venir troubler l'exercice du choix, si ses héritiers ne s'accordent pas sur le choix. L'exercice du choix peut également être perturbé en cas de disparition ou de restructuration du bénéficiaire pris en qualité de personne morale.

⁵⁸¹ M. Mignot, *J.-Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, 2016, n°60.

⁵⁸² Ch. Beudant, *op. cit.*, n°801.

⁵⁸³ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°220.

⁵⁸⁴ V. *infra* n°316 et s.

⁵⁸⁵ Pour plus de développements sur le mandat à effet posthume, V. notamment : Ph. Malaurie et C. Brenner, *op. cit.*, n°169 ; B. Beignier et S. Torricelli-Chrifî, *op. cit.*, n°653 et s. ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n°861 et s. ; S. Ferré-André et S. Berre, *op. cit.*, n°708 et s. ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007.6 ; S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008.307 ; J. Casey, « Le mandat posthume », *Dr. fam.* 2006, étude 53 ; B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », *LPA* 2007, n°129, p. 16 ; A. Defosse et J.-F. Peniguel, « Le mandat posthume », *JCP éd. N* 2006.1371.

B) En cas de restructuration ou de disparition du titulaire du choix, personne morale

253. Le bénéficiaire du choix peut être une personne morale (notamment une société⁵⁸⁶) ayant fait l'objet d'une restructuration depuis la conclusion de l'engagement contenant une obligation disjonctive. Nous n'évoquons pas les modifications n'ayant aucun impact sur la personnalité morale⁵⁸⁷ ou le patrimoine de celle-ci mais les opérations ayant pour effet de transférer de manière universelle le patrimoine de la société. Sont concernées les opérations de fusions, scissions et apports partiels d'actifs⁵⁸⁸ régies par les articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce. La fusion est classiquement définie comme étant l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule⁵⁸⁹, alors que la scission consiste à « *transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* », au sens de l'article L. 236-1 alinéa 2 du Code précité. Il est, ainsi, légitime de nous interroger sur le sort du choix en cas de disparition de son bénéficiaire dans l'une de ces deux opérations. Si la réalisation d'une opération de fusion ou de scission emporte dissolution de la société absorbée ou scindée, son patrimoine fait, néanmoins, l'objet d'une transmission universelle⁵⁹⁰ à la ou aux sociétés bénéficiaires de cette opération⁵⁹¹. Cette transmission universelle concerne les éléments d'actif et de passif du patrimoine, dont l'obligation disjonctive, en tant que créance ou dette⁵⁹². De fait, le choix sera dorénavant exercé par le bénéficiaire de cette opération. S'agissant de l'apport partiel d'actif assimilé également dans une certaine mesure à la fusion⁵⁹³, cette technique de restructuration n'entraîne pas la dissolution de la société apporteuse, qui subsiste. L'apport partiel d'actif est défini comme l'opération juridique par laquelle une société fait apport à une autre société déjà constituée d'une partie de ses éléments d'actifs et reçoit en contrepartie des titres émis par la

⁵⁸⁶ Nous nous focaliserons uniquement sur la société, constituant la personne morale la plus répandue.

⁵⁸⁷ C. civ., art. 1844-3 : « *La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire* ».

⁵⁸⁸ Pour plus de développements, V. notamment : M. Chadefaux, *Les fusions de sociétés, Régime juridique et fiscal*, Groupe revue fiduciaire, 2012 ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd. 1991, n°767 et s. ; R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, thèse Lille 2, LGDJ, 1994.

⁵⁸⁹ P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 16^{ème} éd. avec la collab. de A. Fauchon, 2016, n°802 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Sociétés commerciales, Mémento pratique*, Francis Lefebvre, 47^{ème} éd. 2015, n°82510 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 28^{ème} éd. 2015, n°1476.

⁵⁹⁰ R. Raffray, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse Bordeaux-Montesquieu, Dalloz coll., 2011.

⁵⁹¹ C. com., art. L236-3.

⁵⁹² L'article L236-14 alinéa 1 du Code de commerce précise que le changement de partie opéré n'emporte pas novation.

⁵⁹³ Pour plus de développements, V. notamment : P. Merle, *op. cit.* ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *op. cit.* ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*

société bénéficiaire de cet apport⁵⁹⁴. La transmission de l'obligation disjonctive (comprenant le choix) dépendra du point de savoir si le contrat dans lequel elle a été stipulée fait l'objet ou non de l'apport et si cet apport a été placé sous le régime des fusions et scissions⁵⁹⁵. Si tel n'est pas le cas, la société apporteuse poursuivra l'exécution de son engagement initial. A défaut, la société bénéficiaire sera investie de l'obligation disjonctive, étant précisé que la société apporteuse pourra être tenue de l'obligation disjonctive éventuellement apportée, par application de l'article L. 236-21 du Code de commerce. Il semble, toutefois, qu'en l'absence d'exercice du choix par le bénéficiaire, le choix ne puisse pas être exercé par l'apporteur n'ayant plus la qualité de partie à l'obligation disjonctive. Il pourrait seulement être tenu à l'exécution de la prestation choisie. Dans ces opérations de restructuration, le choix sera exercé par le bénéficiaire, puisque l'obligation disjonctive est transmise.

254. A l'exclusion de la dissolution d'une société dont l'associé unique est une personne morale⁵⁹⁶, la dissolution d'une société n'emporte pas transfert universel de patrimoine mais liquidation de la société⁵⁹⁷, comme le prévoit l'article L. 237-2 du Code de commerce pour les sociétés commerciales. Dans la mesure où le choix n'a pas été exercé par cette société, l'obligation n'est pas exécutée et donc perdue. Les opérations de liquidation⁵⁹⁸ ne devraient être clôturées qu'à compter du complet paiement de cette obligation. Le choix devra alors être exercé par le liquidateur. La société disparaissant dès la clôture des opérations de liquidation et de radiation, elle n'est censée ne plus être ni débitrice ni créancière. Toutefois, s'il est découvert après l'accomplissement de ces formalités la subsistance d'une dette ou d'une créance, la jurisprudence considère que « *la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés* »⁵⁹⁹. Ainsi, concernant le choix inhérent à l'obligation disjonctive, il devra être exercé par un mandataire *ad hoc* nommé par le Président du Tribunal de commerce, dans la mesure où les missions du liquidateur ont pris fin au moment de la clôture de la liquidation et n'a donc plus qualité pour

⁵⁹⁴ G. Cornu, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁹⁵ C. com., art. L236-22.

⁵⁹⁶ C. civ., art. 1844-5. Lorsque l'associé unique est une personne morale, la dissolution de la société n'emporte pas liquidation de la société.

⁵⁹⁷ Pour plus de développements, V. notamment : P. Merle, *op. cit.*, n°130 et s. ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *op. cit.* ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n°505 et s.

⁵⁹⁸ P. Merle, *op. cit.*, n°142 : « *La liquidation d'une société, est, en effet, l'ensemble des opérations consécutives à sa dissolution, qui ont pour objet de régler le passif, de convertir les éléments d'actif en argent (« en liquide »), en vue de procéder au partage entre les associés de l'actif net subsistant* ».

⁵⁹⁹ Pour une illustration, V. Cass. com., 13 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n°52 ; *Dr. sociétés* 1996, n°120, Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1996, p. 496, n°168, note J.-J. Daigre.

agir⁶⁰⁰.

La disparition du bénéficiaire du choix qu'il soit personne physique ou personne morale n'est, ainsi, pas sans poser de difficultés. Toutefois, la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal trouvera application de sorte que le bénéficiaire du choix pourra aisément être déterminé. Le décalage temporel entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation pourrait aussi impliquer des difficultés, avant de mettre en œuvre le choix, quant à la capacité du titulaire du choix.

Sous-Section 2 : L'exercice du choix dépendant de la capacité juridique de son titulaire

255. Nous avons énoncé⁶⁰¹ que le droit potestatif né du choix n'était pas un acte unilatéral mais l'un des exemples de l'unilatéralisme en droit des obligations. Cet unilatéralisme appliqué à l'obligation disjonctive postule que les parties consentent *ab initio* à conférer à l'une d'elles le choix de déterminer les modalités d'exécution de leurs obligations. Au stade de la formation des obligations, il est classique d'affirmer qu'est appréhendée la capacité des parties à contracter et à exécuter les prestations, comme l'énonce la combinaison des articles 1128⁶⁰² et 1145⁶⁰³ du Code civil. Dès lors, postérieurement à la formation de l'obligation, et notamment en amont de l'exercice du choix, il n'apparaît pas adéquat de vérifier la capacité juridique des parties. La capacité d'accomplir un acte d'administration ou de disposition à travers le choix de l'une quelconque des prestations doit être appréhendée au moment de la formation de l'obligation.

Toutefois, en raison de l'écoulement du temps entre la formation et l'exercice du choix, nous pouvons nous demander si l'exercice du choix peut se trouver perturbé par un changement dans la capacité juridique de son titulaire. Une seule situation retiendra notre attention : celle où le titulaire du choix, personne morale (notamment une société), fait l'objet d'une procédure collective. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société

⁶⁰⁰ Pour une illustration, V. Cass. com., 15 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n°255 ; *Rev. sociétés* 1993.797, note Y. Chartier.

⁶⁰¹ V. supra n°212 et s.

⁶⁰² C. civ., anc. art. 1108.

⁶⁰³ C. civ., anc. art. 1123.

pourrait avoir des effets sur l'identité du représentant légal de la société (§1), mais aussi sur le sort du choix confronté à la problématique des contrats en cours (§2).

§ 1 : L'influence d'une procédure collective sur le représentant légal

256. Entre le moment de la formation de l'obligation disjonctive et le choix préalable à son exécution, une procédure collective⁶⁰⁴ peut avoir été ouverte à l'égard de la société titulaire du choix ayant pour effet de restreindre les pouvoirs du représentant légal. Certes, la société reste juridiquement le contractant mais l'identité de son représentant légal peut être modifiée par une telle procédure.

257. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, la capacité du représentant légal n'est que faiblement atteinte. Sur le fondement de l'article L. 622-1 du Code de commerce, le Tribunal de commerce peut conférer deux types de missions à l'administrateur judiciaire : soit une simple mission de surveillance (au titre de laquelle le débiteur conserve l'intégralité de ses pouvoirs mais l'administrateur contrôle les actes accomplis par le débiteur) soit une mission d'assistance (au titre de laquelle le débiteur est dessaisi d'une partie de ses pouvoirs). Lorsque l'administrateur jouit d'une mission d'assistance, la double signature (du débiteur et de l'administrateur) peut être requise, selon la mission confiée à l'administrateur, si bien que le représentant légal de la société perd le pouvoir d'engager seul la société. Seule la seconde typologie de mission peut venir perturber l'exercice du choix, puisqu'en cas de mission de surveillance, l'administrateur judiciaire ne peut pas s'opposer à la conclusion d'un acte par le débiteur⁶⁰⁵. Même si la capacité juridique de la société a été analysée au moment de la formation de l'obligation, il nous semble qu'en raison des effets produits par le choix, il conviendrait d'analyser si le contrat stipulant une obligation disjonctive nécessite ou non l'intervention de l'administrateur judiciaire. Dans l'affirmative, le choix devrait être exercé conjointement par le représentant légal et l'administrateur judiciaire. Dans cette hypothèse, il s'agirait alors d'un obstacle à l'exercice du choix, dans la mesure où ces derniers devront s'accorder au sujet du choix.

⁶⁰⁴ Pour plus de développements sur le droit des procédures collectives, V. notamment : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2015-2016 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2014 ; D. Voinot, *Procédures collectives*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2013 ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2015.

⁶⁰⁵ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n°431.23 ; F. Pérochon, *op. cit.*, n°1113 ; D. Voinot, *op. cit.*, n°290 ; M.-L. Coquelet, *op. cit.*, n°169 et s.

258. En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le Tribunal de commerce peut conférer à l'administrateur judiciaire des missions d'assistance ou de représentation, par application de l'article L. 631-12 du Code de commerce. La mission de représentation donne le pouvoir à l'administrateur judiciaire d'engager seul la société pour l'ensemble des actes ou pour une partie d'entre eux seulement. A l'instar de ce que nous avons développé concernant la mission d'assistance dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde, le périmètre de la mission dressé par le Tribunal de commerce dictera l'identité du titulaire du choix : soit l'administrateur seul, soit le représentant légal de la société et l'administrateur judiciaire.

259. S'agissant de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, l'article L. 641-9 du Code de commerce énonce que le liquidateur exerce les droits et actions du débiteur : le représentant légal de la société est dessaisi de la gestion du patrimoine de la société. Le choix devra, dès lors, être exercé par le liquidateur de la société.

En conséquence, l'exercice du choix issu de l'obligation disjonctive sera réalisé en fonction des pouvoirs des organes de la procédure collective du débiteur et de ceux du débiteur. Le choix ne bénéficie pas d'un traitement particulier. Son exercice pourrait être retardé si le représentant légal et l'administrateur judiciaire doivent s'accorder au sujet du choix. Lors de l'exercice du choix, l'administrateur judiciaire sera également confronté à la problématique des contrats en cours.

§ 2 : Le sort du choix face à la problématique des contrats en cours

260. Le choix issu de l'obligation disjonctive sera confronté à la problématique des contrats en cours⁶⁰⁶, au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce, et ce que le titulaire du choix soit le débiteur ou le créancier de l'obligation. Le moment de l'exercice du choix postule que le contrat ait été formé mais ne soit pas encore exécuté, puisque le choix doit déterminer laquelle des prestations devra être accomplie par le débiteur. Le contrat stipulant

⁶⁰⁶ Pour plus de développements sur cette question, V. notamment : C. Brunetti-Pons, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000.783 ; Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 405 ; F. Derrida, « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », *RJDA* 1993, 399 ; Th. Montéran, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », *Gaz. Pal.* 2003, III, p. 2716 et s. ; G. Teboul, « Le sort des contrats pendant les procédures collectives : quels choix opérer », *Gaz. Pal.* 2004, I, p. 938 et s.

une obligation disjonctive nous paraît correspondre à la définition habituellement donnée au contrat en cours : un contrat formé avant le jugement d'ouverture et en cours d'exécution, c'est-à-dire qui n'a pas « *épuisé ses effets fondamentaux ou dont la prestation principale et caractéristique n'a pas été fournie* »⁶⁰⁷. La modalité disjonctive de l'obligation ayant pour effet de retarder l'exécution de l'obligation, le contrat doit alors être considéré comme étant en cours. Dès lors, afin d'appliquer le régime des contrats en cours aux engagements contenant une obligation disjonctive, il convient de savoir si l'obligation contenant le choix est la prestation caractéristique ou non du contrat. Par exemple, si le choix de l'obligation disjonctive concerne l'obligation de transférer la propriété du bien résultant d'un contrat de vente, le contrat sera considéré comme étant en cours et sa continuation sera assujettie à l'option de l'administrateur judiciaire. Si ce dernier se prononce dans le sens de la continuation du contrat ou s'il n'a pas encore décidé de continuer le contrat, le choix devra alors être exercé en fonction des missions conférées à l'administrateur judiciaire et le contrat sera exécuté aux conditions habituelles. S'il renonce à la continuation du contrat, le contrat sera résilié. Le choix ne sera pas exercé et l'obligation disjonctive inexécutée.

Si l'obligation disjonctive s'intègre dans un contrat considéré comme étant en cours au sens du droit des procédures collectives, le sort du choix sera dépendant de la décision de l'administrateur judiciaire de continuer ou non le contrat. Dans l'hypothèse où le titulaire du choix viendrait à changer, les règles du droit commun ou du droit des procédures collectives trouveraient normalement application afin de déterminer définitivement le titulaire du choix.

⁶⁰⁷ D. Voinot, *op. cit.*, n°577.

CONCLUSION DU SECOND TITRE DE LA PREMIERE PARTIE

Ce second titre a permis de mettre en exergue que le droit d'option et le droit facultatif sont au cœur de la structure même de l'obligation alternative et de l'obligation facultative. Ils entraînent tous deux une situation d'attente et d'incertitude quant au mode d'exécution de l'obligation. Cette incertitude est, toutefois, relative, puisque ces droits portent nécessairement sur des prestations connues au moment de l'engagement des parties. En outre, l'alternative que ces deux droits impliquent se révèle plus mesurée, s'agissant de l'obligation facultative, car une seule prestation est due. Il n'en demeure pas moins que la similitude de leurs caractéristiques permet de les rassembler dans une notion plus générique de choix. Tant le droit facultatif que le droit d'option constituent, en effet, un droit subjectif rattaché soit à la personne du débiteur soit à celle du créancier. En outre, la singularité de ces droits consiste à leur octroyer un droit potestatif relativement à des prestations. De plus, la prévisibilité de l'obligation disjonctive au stade de l'engagement des parties permet à l'une des parties de manière unilatérale de déterminer la prestation à exécuter, voire même de modifier l'obligation, sur le fondement de l'accord des parties. Il s'agit de l'application de l'unilatéralisme en droit des obligations. Toutefois, il est regrettable que l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁰⁸ n'ait pas profité de la réforme notamment du régime général des obligations, afin de consacrer une notion unique de choix, en ce compris le droit d'option et le droit facultatif, et de remplacer le terme de « faculté » par celui de « droit facultatif » plus opportun en matière d'obligation facultative.

Les caractéristiques propres dégagées au sujet du choix, quintessence de l'obligation disjonctive, conduisent à conférer une autonomie à l'obligation disjonctive. Celle-ci se distingue des autres modalités de l'obligation intervenant au moment soit de la formation soit de l'exécution de l'obligation. Elle ne saurait se confondre avec la condition, dans la mesure où elle n'agit pas lors de la formation de l'obligation mais lors de son exécution de sorte que la potestativité dont elle bénéficie est parfaitement valable. Puisqu'elle n'a pas vocation à anéantir un contrat, elle ne peut être assimilée à une clause de dédit. La qualification en dation en paiement doit être également rejetée en raison de la nécessaire prévisibilité des objets de l'obligation au moment de l'engagement et de l'absence de nécessité de recueillir une

⁶⁰⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

nouvelle fois le consentement du créancier. L'absence de caractère comminatoire de l'obligation disjonctive exclut un rapprochement avec la clause pénale.

La période intercalaire entre le moment de l'engagement et celui de l'exercice du choix a pu impacter l'identité du titulaire du choix en raison d'un transfert de l'obligation ou d'un défaut de capacité. Avant l'exercice du choix, il conviendra de s'assurer de cette identité afin de conférer toute sa force à ce caractère typique de l'obligation disjonctive.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au terme de cette première partie, nous avons démontré que l'obligation disjonctive est une modalité de l'obligation irréductible à tout autre mécanisme, à l'aune notamment de la pluralité de ses prestations et de l'existence d'un choix. Elle peut alors se définir comme une modalité de l'obligation conférant à l'une des parties un choix, quant au mode d'exécution de l'obligation, entre plusieurs prestations distinctes, dont l'une d'elles devra être accomplie par le débiteur.

L'existence d'une obligation disjonctive, qu'elle soit une obligation alternative ou une obligation facultative, postule la présence de plusieurs prestations que les parties considèrent comme fongibles lors du paiement. Contrairement à l'obligation cumulative comportant également une pluralité de prestations, l'attrait de cette modalité réside dans le fait qu'elle ne requiert l'exécution que d'une seule prestation.

Le choix se trouve au cœur même de la modalité disjonctive de l'obligation. Il en est son intérêt et sa puissance. Il est doté de caractéristiques propres et singulières à travers le bénéfice d'un droit potestatif jugé valable concernant la prestation à réaliser par le débiteur. C'est à travers le choix qu'il est loisible de différencier l'obligation disjonctive d'autres techniques de droit des obligations. En dépit de quelques similitudes, les modalités de l'obligation requièrent chacune des caractères propres, de sorte qu'une notion unique de modalité de l'obligation ne semble pas pouvoir être retenue.

L'obligation disjonctive constitue assurément une modalité de l'obligation irréductible à tout autre mécanisme de droit des obligations en raison de sa parfaite autonomie par rapport à ces autres mécanismes et de la flexibilité conférée aux parties dans leur relation contractuelle. Les caractéristiques inhérentes à l'obligation disjonctive (en ce compris essentiellement le choix) incitent les parties à la prévoir et à l'utiliser à diverses fins. A ce titre, observons qu'il suffit de stipuler l'obligation disjonctive dans l'engagement des parties, afin qu'elle puisse être mise en œuvre.

L'étude du régime juridique de l'obligation disjonctive permettra de confirmer son intérêt et son renouveau au sein de la catégorie des modalités de l'obligation.

PARTIE 2 : L'INFLUENCE DU CHOIX SUR LE RÉGIME JURIDIQUE DES OBLIGATIONS DISJONCTIVES

261. Après avoir cerné la notion d'obligation disjonctive, en ce compris l'obligation alternative et l'obligation facultative, nous avons pu remarquer que la quintessence de cette modalité de l'obligation disjonctive résidait dans le choix. Ce choix inhérent à la stipulation d'une obligation disjonctive consiste pour l'une des parties à opter entre plusieurs prestations, dont l'une devra être exécutée par le débiteur. C'est autour de cette notion que gravitent l'intérêt de l'obligation disjonctive et son régime juridique. Il conviendra de savoir à quelles fins le choix - doté de caractéristiques propres - peut être utilisé par les rédacteurs d'actes et plus généralement par les parties. Aussi, nous analyserons si l'obligation disjonctive dispose d'un régime juridique adapté de nature à lui permettre de jouer un rôle en tant que modalité de l'obligation. Des auteurs⁶⁰⁹ soutiennent que les dispositions antérieures à la réforme du 10 février 2016⁶¹⁰ relatives à l'obligation alternative n'étaient pas utiles et que l'application des dispositions du droit commun suffisait. Les textes afférents à cette variété d'obligation ne seraient que des applications du principe formulé dans l'article 1188 du Code civil aux termes duquel on doit, dans la convention, rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ou de l'article 1196 alinéa 3 du Code civil relatif à la théorie des risques. Les anciens articles 1189 à 1196 du Code civil seraient avant tout des règles interprétatives de volonté. Il conviendra, ainsi, de nous interroger sur l'opportunité du régime juridique antérieur posé par ces articles et sur les modifications intervenues par les dispositions du droit positif. En outre, du fait de sa consécration par la pratique, l'obligation facultative ne dispose pas d'un régime juridique exhaustif, même si elle a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 à travers l'article 1308 du Code civil composé de deux alinéas. C'est pourquoi il est loisible de se demander si le régime juridique de l'obligation alternative lui est applicable par extrapolation et conséquemment si, dans l'affirmative, l'obligation alternative pourrait être perçue comme étant la « reine » des obligations disjonctives. En outre, il conviendra de s'intéresser à l'efficacité de ce régime au regard de la multiplicité des fonctions que peut jouer l'obligation disjonctive.

⁶⁰⁹ V. par exemple, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1239 ; A. Collin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, Dalloz, 1959, par L. Julliot de la Morandière, t. II *Obligation, Théorie Générale, Droits réels principaux*, n°940.

⁶¹⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

Le choix de la modalité d'exécution de l'obligation étant la pierre angulaire de l'obligation disjonctive, nous nous intéresserons à la finalité de l'exercice du choix (Titre I) avant d'envisager le paiement de cette obligation, qui dépend de cet exercice (Titre II).

Titre I : LA FINALITE DE L'EXERCICE DU CHOIX

262. Le fondement de l'obligation disjonctive, dont l'obligation alternative en particulier, a longtemps fait l'objet de discussions doctrinales : instrument juridique de garantie, instrument de spéculation ou instrument permettant de choisir en toute connaissance de cause. Ces débats peuvent s'expliquer notamment par le fait que les obligations disjonctives ont un large domaine d'application. Celles-ci sont issues de plusieurs sources (légale, conventionnelle et judiciaire) et peuvent s'appliquer quel que soit l'objet (corps certain, chose de genre, obligation de faire ou de ne pas faire). Si les obligations alternatives sont consacrées depuis 1804 au sein du Code civil, les obligations facultatives ne le sont que depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016⁶¹¹. Consacrées par la pratique, les obligations facultatives offrent, selon une doctrine classique, plus d'intérêts pratiques que les obligations alternatives⁶¹². Nous avons déjà démontré que les obligations disjonctives pouvaient permettre de déjouer la nullité d'une obligation, lorsqu'une telle sanction était encourue à raison de l'impossibilité de réaliser l'objet de l'obligation⁶¹³. Aussi, peuvent-elles être stipulées afin d'échapper à la nullité d'une condition potestative⁶¹⁴. Cela étant, les fonctions jouées par l'obligation disjonctive se révèlent plus amples, et ce à travers le choix que celle-ci octroie à l'une des parties : fonctions de garantie, de spéculation, de rempart contre le changement de circonstances économiques (Chapitre 1).

263. Le choix constitue la pierre angulaire de la modalité d'exécution de l'obligation. Le Gouvernement, lors de la rédaction de cette ordonnance du 10 février 2016⁶¹⁵ ne s'y est d'ailleurs pas trompé, lorsqu'il a modifié les dispositions relatives au régime juridique de l'obligation alternative. Principalement, le Gouvernement a réécrit ces dispositions en accordant une place prépondérante au choix. Il a aussi, dans une certaine mesure, pris en compte certains inconvénients passés relatifs au choix. L'exercice du choix par son titulaire se révèle être une étape indispensable à l'exécution de l'obligation (Chapitre 2).

⁶¹¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁶¹² G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II *Obligations – Contrats – Responsabilité, Droits réels, Biens-Propriété*, LGDJ, 1957, n°1309 et 1310.

⁶¹³ V. supra n°49.

⁶¹⁴ V. infra n°198.

⁶¹⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

Chapitre 1 : L'obligation disjonctive, une technique juridique aux fonctions multiples

264. La présence d'un choix permet aux parties de ne pas scléroser leur engagement dès le stade de la formation de l'obligation et de leur conférer un maximum de flexibilité au moment de l'exécution. Délaissée par la doctrine et peu utilisée par les praticiens, l'obligation disjonctive constitue un instrument juridique issu du régime général des obligations aux fonctions multiples : sauvegarde du lien contractuel, garantie, spéculation ou encore mécanisme permettant de traiter en amont la survenance de circonstances imprévisibles. Pourtant, il est loisible d'utiliser cet instrument juridique dans d'autres domaines, dont en droit des affaires à travers, par exemple, les valeurs mobilières donnant accès au capital ou les opérations d'acquisition à effet de levier. Par exemple, dans le cadre d'une cession de la totalité des actions d'une société anonyme, le cédant et le cessionnaire avaient convenu que la troisième échéance relative au paiement du prix pouvait avoir lieu, au gré du cessionnaire, soit en numéraire soit en actions émises dans le cadre d'une augmentation de capital de ce dernier⁶¹⁶.

A travers les fonctions que peuvent revêtir les obligations disjonctives et la découverte de l'obligation alternative dans certains mécanismes de droit des affaires, nous démontrerons qu'elles ont vocation à rayonner sur toutes les branches du droit privé et notamment sur le droit des affaires. De fait, l'analyse de la fonction de garantie et de sauvegarde du lien contractuel des obligations disjonctives (Section 1) précédera celle de la spéculation et de l'adaptation aux circonstances économiques (Section 2), étant précisé que ces fonctions ne sont pas exclusives les unes des autres.

⁶¹⁶ Versailles, 16 juin 2011, n°10/00889.

Section 1 : Un mécanisme juridique de garantie et de sauvegarde du lien contractuel

En raison de la pluralité des prestations, nous constaterons que les obligations disjonctives peuvent être utilisées de nouveau en tant que technique de garantie (Sous-Section 1) et constituent, lorsqu'elles sont stipulées, un moyen anticipé de sauvegarder le lien contractuel (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Une réutilisation opportune de l'obligation disjonctive en tant que garantie

Les obligations disjonctives sont avant tout une technique du régime général des obligations produisant des effets secondaires de garantie (§1) et permettant d'accroître ces effets lorsqu'elles sont articulées avec des sûretés (§2).

§ 1 : Une technique du régime général des obligations ayant des effets secondaires de garantie

Originellement, l'obligation alternative à laquelle nous pouvons étendre l'obligation facultative a été appréhendée comme étant une garantie (A), fonction qui est pourtant méconnue par les praticiens, alors qu'elle est en pleine renaissance (B).

A) Un fondement originaire de garantie

265. Les obligations disjonctives sont constituées de deux ou de plusieurs prestations, dont le choix d'exécution appartient soit au débiteur soit au créancier. Elles peuvent, ainsi, représenter pour le créancier une forme de garantie dans la mesure où il s'attend à être désintéressé par l'exécution de l'une quelconque des branches de l'obligation. C'est dans ce sens que s'était prononcée la doctrine classique, notamment Planiol et Ripert, en énonçant que « *le but pratique de l'obligation alternative est de donner au créancier plus de chances d'être payé, la disparition future de l'un des objets n'éteignant pas l'obligation. Elle constitue donc, tout comme la solidarité passive, une garantie de paiement* »⁶¹⁷. C'est également à cette fin que l'obligation disjonctive a été, dans un premier temps, utilisée. Le créancier est susceptible

⁶¹⁷ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 1048.

d'être payé par l'une des choses comprises dans l'objet de l'obligation. Entre le moment de l'engagement des parties et l'exécution de l'objet de l'obligation choisi par le titulaire du choix, le patrimoine du débiteur peut évoluer (augmentation du passif, diminution de l'actif, etc.). Une obligation en tant que telle ne confère aucune priorité de paiement à son créancier. Ce dernier court, ainsi, un risque. La pluralité des prestations permet au créancier d'avoir, en principe, au moins deux fois plus de chance d'être désintéressé. Sans cette modalité, l'obligation composée d'un seul objet serait éteinte : le débiteur serait libéré et le créancier ne serait pas désintéressé. L'obligation alternative protège le créancier contre les risques liés à une exécution impossible de l'une des prestations. Un auteur a considéré l'obligation alternative comme « *une sorte de solidarité réelle et objective, à l'instar de la solidarité personnelle et subjective* »⁶¹⁸. Appliquée plus précisément à l'obligation alternative, cette fonction de garantie s'accroît avec le nombre d'objets ou de prestations compris dans l'obligation. Ces propos sont à nuancer, s'agissant de l'obligation facultative, compte tenu du caractère *in obligatione* de l'objet principal et du caractère subsidiaire de l'autre. La disparition de l'objet principal entraîne la disparition corrélative de l'obligation facultative. Cela étant, sa fonction de garantie n'en demeure pas moins réelle pour le créancier, dans la mesure où le débiteur peut se libérer par la délivrance d'une prestation subsidiaire prévue *ab initio* et ce sans que le créancier ne diligente une procédure d'exécution afin de recevoir son dû. Une obligation facultative a été, par exemple, stipulée dans un contrat de cession de titres sociaux relativement à l'engagement pris par le cédant de rester salarié de la société dont les titres ont été cédés. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt le 12 janvier 1996⁶¹⁹. Elle s'est notamment intéressée à la qualification de l'engagement pris par le cédant. Ce dernier s'était obligé à rester salarié de la société pendant un certain temps, mais avec la faculté de quitter de manière anticipée la société, sous réserve de payer une indemnité d'un montant équivalent au solde du prix de cession restant dû. La stipulation d'une obligation facultative a permis au débiteur de ne pas encourir la résolution de la cession pour inexécution de ses obligations et au créancier d'être satisfait.

La multitude des prestations et la titularité du choix permettent au créancier de jouir d'une garantie quant à l'exécution de l'obligation du débiteur. La garantie étant une notion large, il nous appartient de l'analyser comparativement à l'obligation disjonctive et de constater que la fonction de garantie de l'obligation disjonctive peut renaître.

⁶¹⁸ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°8.

⁶¹⁹ Versailles, 12 janv. 1996, n°11352/92, *Bull. Joly. Sociétés* 1996, p. 377, note J.-C. Hallouin.

B) La renaissance de la fonction de garantie

Le fait que l'obligation disjonctive donne au créancier davantage de chance d'être payé qu'une obligation pure et simple nous invite à comparer cette modalité de l'obligation avec la notion de sûreté, l'une des composantes de la notion de garantie. « *Entre les institutions du régime général de l'obligation et les sûretés, les points de contacts sont nombreux et donnent parfois l'impression d'une osmose* »⁶²⁰. L'obligation disjonctive ne peut être, cependant, qualifiée de sûreté (1) mais constitue indéniablement une technique du régime général des obligations ayant des effets patents de garantie (2).

1) Le rejet de la qualification de sûreté

266. Au regard de la garantie que procure l'obligation disjonctive, il convient de nous demander si elle ne pourrait pas être qualifiée de sûreté. Non définie par la loi et même à la suite de l'ordonnance du 23 mars 2006⁶²¹, la notion de sûreté n'est pas aisée à appréhender. La doctrine peine à en donner une définition unique au point où cette notion peut être qualifiée « *d'introuvable* »⁶²². Deux interprétations sont possibles. Une première interprétation dite stricte est défendue par la conception classique : les sûretés sont des procédés spécifiques de garantie du paiement des dettes énumérées par le Code civil et répondent, à ce titre, à des critères techniques précis. La seconde interprétation, plus pragmatique et fonctionnelle, conçoit plus largement la notion de sûreté en y incluant tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions⁶²³. La tendance de la doctrine moderne est de retenir une interprétation stricte de la notion de sûreté et d'opérer une distinction entre la notion de garantie et celle de sûreté. En revanche, la loi et la jurisprudence ne semblent pas distinguer ces deux notions en les utilisant parfois indifféremment⁶²⁴, ce qui ne simplifie pas leur acception.

⁶²⁰ A. Hontebeyrie, « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* 2014, 113.

⁶²¹ Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006 relatives aux sûretés, JO 24 mars 2006, ratifiée par la L. n°2007-212 du 20 févr. 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, JO 21 févr. 2007.

⁶²² M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^{ème} éd. 2015, n°2 et s. ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2015, n°21 et s. ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 4^{ème} éd. 2014, n°8 ; S. Piedelièvre, *Les sûretés*, Armand Collin, 4^{ème} éd. 2004, n°11 et s.

⁶²³ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2012, n°2.

⁶²⁴ Tels sont les cas, par exemple, de l'ancien article 1188 et de l'article 1752 du Code civil pour lesquels la jurisprudence adopte une conception large de la notion de sûreté, en retenant comme sûreté, au sens du premier article, le prélèvement direct sur le salaire (Cass. 1^{er} civ., 9 mai 1994, *Bull. civ. I*, n°171 ; *RTD civ.* 1995.110, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1995, p. 340, obs. Ph. Delebecque) et comme sûreté, au sens du second article, toute garantie afin de garantir le créancier du paiement de ses loyers, en présence de meubles meublants insuffisants.

267. Nous retiendrons la définition de sûreté proposée par Monsieur Crocq : « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »⁶²⁵. Partant de cette définition stricte, trois critères de qualification d'une sûreté se dégagent. Le premier critère d'une sûreté réside dans sa finalité : faciliter exclusivement le recouvrement de la créance du créancier sans enrichissement. La sûreté octroie plus de garantie au créancier que son simple droit de gage général, prévu par les articles 2284 et 2285 du Code civil, car elle permet au créancier d'échapper à la loi du concours des créanciers. Il convient bien évidemment d'observer qu'aucune sûreté ne confère une sécurité absolue au créancier quant à la solvabilité du débiteur. Indéniablement, la stipulation d'une obligation disjonctive améliore la situation des créanciers, dans la mesure où plusieurs modalités d'exécution de l'obligation sont prévues afin de les désintéresser. En revanche, la finalité première de l'obligation disjonctive est d'être un moyen de paiement ou un mode d'extinction de la créance et non de constituer à titre exclusif une sûreté. Aussi, l'absence d'enrichissement du créancier n'est pas assurée, s'agissant de cette modalité de l'obligation⁶²⁶. La satisfaction du créancier et l'extinction de la créance sont le deuxième trait caractéristique d'une sûreté. L'exécution de l'obligation disjonctive consécutive au choix est libératoire pour le débiteur, et ce tant pour l'obligation facultative que pour l'obligation alternative⁶²⁷. Sur cet aspect, l'obligation disjonctive et la sûreté se recourent. Enfin, le dernier critère d'une sûreté, et sans doute le plus caractéristique, se trouve dans son caractère accessoire. Une sûreté est, en principe, un rapport de droit accessoire au rapport principal, au droit de créance⁶²⁸. Le principe de l'accessoire se caractérise par l'adjonction d'un bien ou d'une personne à l'obligation principale. Il se matérialise également par l'extinction de ce rapport principal du fait de l'exécution de la sûreté ou par l'extinction de la sûreté du fait de l'exécution du rapport principal. La sûreté n'est pas inhérente au rapport d'obligation. Un seul rapport ou une seule source existe au cas de l'obligation disjonctive : la naissance du droit de créance. La garantie constituée par l'obligation disjonctive n'est pas extérieure au rapport

⁶²⁵ P. Crocq, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, LGDJ, 1995, n°282 et s.

⁶²⁶ La modalité de l'obligation disjonctive peut également avoir des vertus spéculatives. V. infra n°292 et s.

⁶²⁷ V. infra n°469 et s.

⁶²⁸ Il convient d'exclure la garantie autonome, qui est indépendante du rapport principal. V. C. civ., art. 2321.

principal mais est issue de celui-ci et est attachée à la seule qualité de créancier⁶²⁹.

Si l'obligation disjonctive tend notamment à prémunir le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur et à le satisfaire, ce critère ne saurait en tant que tel suffire à qualifier l'obligation disjonctive de sûreté, notion prise dans une assertion stricte. Si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté⁶³⁰. Comme l'énonce Monsieur Hontebeyrie, « *le régime général de l'obligation contient des institutions qui ont un effet de sûreté. Pour autant, ces institutions ne sont pas des sûretés* »⁶³¹. Toutefois, il résulte clairement des caractéristiques de l'obligation disjonctive qu'elle constitue une technique du régime général des obligations entraînant des effets de garantie.

2) Des effets patents de garantie résultant de la stipulation d'une obligation disjonctive

L'obligation disjonctive est une technique issue du droit des obligations disposant d'atouts en tant que technique de garantie (a) et méritant de connaître un nouvel essor (b).

a) Les atouts de garantie de l'obligation disjonctive

En raison du choix octroyé entre plusieurs prestations, l'obligation disjonctive induit des effets de garantie, et ce quelque soit le titulaire du choix.

268. Les garanties sont des mécanismes fondés notamment sur une technique du droit des obligations ou du droit des biens tendant, de manière non exclusive, à faciliter le recouvrement de la créance ou d'en prévenir l'inexécution. Il existe des mécanismes de droit des obligations, à l'exclusion des sûretés, qui procurent à un créancier des avantages équivalents à ceux qui résultent d'une sûreté⁶³². D'un point de vue notionnel, ces mécanismes n'ont pas pour essence de garantir le créancier. La notion de garantie se révèle plus large que la notion de sûreté, en ce qu'elle se détache de l'aspect notionnel du mécanisme dans le dessein d'appréhender la finalité exercée par le mécanisme⁶³³. Ces techniques engendrent,

⁶²⁹ C. Ginestet, « La qualification des sûretés », *Deffrénois* 30 janv. 1999, p. 80 et 28 févr. 1999, n°4.

⁶³⁰ P. Crocq, *op. et loc. cit.*

⁶³¹ A. Hontebeyrie, *op. et loc. cit.*

⁶³² Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°6.

⁶³³ P. Crocq, *op. cit.*, n°287.

toutefois, des effets seconds ou incidents de garantie, c'est-à-dire des effets non inhérents au régime général de l'obligation et non spécialement recherchés par les parties⁶³⁴. Il convient de rappeler que le régime général de l'obligation vise seulement à régir l'obligation. Des auteurs énoncent que « *parfois elles (les garanties) sont seules susceptibles d'atteindre certains objectifs de protection des créanciers et, d'une manière générale, constituent des adjuvants utiles aux sûretés réelles et personnelles* »⁶³⁵. En raison de sa grande variété, la garantie constitue une notion fonctionnelle et pragmatique, dont une définition unique demeure difficile à établir. Comme l'indique un auteur, « *la technique l'emporte, faisant du résultat final une simple conséquence* »⁶³⁶.

269. Lorsque le choix issu de l'obligation alternative est conféré au débiteur, le créancier ne saurait avoir une quelconque influence sur l'exercice du choix⁶³⁷. Il a été soutenu par un auteur⁶³⁸ que, dans cette hypothèse, l'obligation alternative ne jouerait pas un rôle de garantie et qu'il serait plus conseillé au créancier de prendre, ou de faire prendre par le débiteur, une assurance couvrant ces risques. Nous ne partageons aucunement cette opinion. Le fondement de garantie se justifie pleinement, dès lors qu'une ou plusieurs prestation(s) oblige(nt) le débiteur à s'exécuter ou permet(tent) à ce dernier de se libérer. Même s'il est tributaire du débiteur, l'existence d'une pluralité de prestations au sein d'une même obligation octroie au créancier plus de chances de recevoir la contrepartie de son engagement. Ainsi, la multitude des prestations contribuerait à la préservation de la capacité de paiement du débiteur de façon à ce qu'il puisse par la suite s'acquitter de ses obligations⁶³⁹. Bien entendu, il ne s'agit pas d'affirmer que l'obligation alternative est avant tout et exclusivement une garantie mais de mettre en exergue la présence d'effets secondaires de garantie pour le créancier. Cette fonction de garantie est bien évidemment amplifiée, lorsque le choix est conféré conventionnellement ou légalement au créancier. Aussi, sauf à ce qu'une dépossession ou une inaliénabilité des biens objet de l'obligation ait été prévue, le créancier n'est pas à l'abri de l'aliénation de l'un des biens par le débiteur. Le choix permettrait, dès lors, d'assujettir l'obligation alternative à des effets de garantie différents. La stipulation du bénéfice du choix pour le créancier lui permettrait de mettre en œuvre la garantie mais aussi de choisir la

⁶³⁴ A. Hontebeyrie, *op. et loc. cit.*

⁶³⁵ D. Poracchia, F. Rizzo et J.-D. Pelletier, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 780, *Garanties intrinsèques au régime des obligations*, 2016, n°2.

⁶³⁶ S. Piedelièvre, *op. cit.*, n°12.

⁶³⁷ V. supra n°196.

⁶³⁸ D. Veaux, J.Cl. civ., art. 1189 à 1196, anc. fasc., 1992, n°4.

⁶³⁹ N. Bargue, *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris I, 2008, n°113.

prestation qui se révélerait la plus favorable pour lui⁶⁴⁰. Le créancier disposerait alors d'un droit préférentiel ou exclusif sur deux éléments ou plusieurs éléments du patrimoine du débiteur, à savoir deux ou plusieurs prestations objets de l'obligation disjonctive. A l'aune de la définition qui lui est donnée par la jurisprudence relative à l'article 2314 du Code civil, le droit préférentiel confère au créancier une facilité de recouvrement de sa créance supérieure à son droit de gage général⁶⁴¹. La notion de droit préférentiel est entendue largement par la Cour de cassation et la doctrine⁶⁴² : les sûretés, la solidarité passive⁶⁴³, le droit d'imposer la compensation de créances réciproques, etc. Quant à la notion de droit exclusif, non encore précisée par la jurisprudence, elle renvoie à la notion de propriété. Le titulaire de ce droit « *peut en toute liberté et sans autres limites que celles résultant de la loi, retirer les utilités de la chose* »⁶⁴⁴. Un auteur⁶⁴⁵ ajoute que les « droits exclusifs » évoquent la notion de droits d'option ou, plus généralement, de « droits potestatifs ». Tel est bien le cas de l'obligation disjonctive constituée d'un droit potestatif dont jouit le titulaire du choix. Ce dernier se trouve, dès lors, dans une position plus confortable qu'un simple créancier chirographaire, sous réserve d'avoir bien précisé l'interdiction d'aliéner les deux branches de l'obligation.

270. Les effets de garantie se retrouvent dans maintes hypothèses. Par exemple, dans un arrêt rendu le 30 mai 2006⁶⁴⁶, des personnes physiques avaient vendu à une société de promotion immobilière la propriété d'un immeuble à usage mixte. Une stipulation du contrat de vente prévoyait une obligation alternative à la charge du promoteur immobilier, dont l'option était laissée aux vendeurs, soit de payer la totalité du prix de cession de l'immeuble soit de payer une partie du prix de cession et de livrer un bien de cet immeuble. La présence de deux branches de l'obligation dont le choix est laissé au créancier engendre bien des effets de garantie pour le vendeur, à savoir le fait d'être désintéressé soit par le paiement complet du prix de cession soit par le paiement d'une partie du prix et la livraison d'un lot de cet immeuble. Le projet de promotion immobilière ayant été abandonné en raison d'une impossibilité de réaliser le projet, la créance de prix survit, dans la mesure où l'autre objet de l'obligation trouve immédiatement à s'appliquer. Dès lors, le débiteur sera tenu de payer aux

⁶⁴⁰ Les fonctions de l'obligation disjonctive peuvent assurément se multiplier. V. supra n°264 et s.

⁶⁴¹ Cass. 1^{er} civ., 21 mars 1984, *Bull. civ. I*, n°111.

⁶⁴² Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n°265 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n°307 et s.

⁶⁴³ Cass. com., 20 févr. 2001, *Bull. civ. IV*, n°40.

⁶⁴⁴ F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd. 2008, n° 90.

⁶⁴⁵ D. Houtcieff, obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n°104, « *une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation* », *D.* 2006.1693.

⁶⁴⁶ Cass. 1^{er} civ., 30 mai 2006, n°04-18488.

vendeurs le prix de l'immeuble cédé.

271. En droit des affaires, l'exemple des obligations convertibles en actions permet de corroborer nos propos. Appartenant à la catégorie juridique des valeurs mobilières donnant accès à terme au capital, les obligations convertibles en actions peuvent être définies comme « *des obligations donnant le droit au porteur d'être remboursé en actions de la société émettrice, soit à maturité (cas européen), soit à tout moment (cas américain), soit à des dates prédéfinies (cas bermudéen)* »⁶⁴⁷. Ces obligations octroient aux souscripteurs d'obligations un droit d'option⁶⁴⁸ relativement au mode d'exécution de l'obligation de remboursement de l'émetteur : soit un remboursement en numéraire des sommes prêtées, soit un remboursement par équivalent via l'octroi d'actions de la société. Le droit d'option de convertir ses obligations en actions permet, d'une part, au créancier de percevoir les intérêts attachés aux obligations, tout en étant prémuni d'une diminution de la valorisation de la société et, d'autre part, d'être désintéressé au terme du contrat d'emprunt obligataire de deux manières. La présence de deux objets de l'obligation auxquels se trouve obligé le débiteur et le bénéfice du droit d'option contribuent à augmenter les chances de remboursement du créancier et donc à le garantir. Le créancier (i.e. souscripteur des obligations convertibles en actions) pourra prétendre à recevoir soit de l'argent soit des actions de la société. A ce titre, le bénéfice du droit d'option au souscripteur (ou plus généralement au porteur de valeurs mobilières donnant accès au capital) participe du dessein de protection de ce dernier, dans le cadre de l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital⁶⁴⁹. La singularité de ce choix et de ce mode de paiement tient avant tout à la stipulation d'une obligation alternative. A défaut, l'obligation serait pure et simple et ne donnerait droit au créancier de ne percevoir qu'une somme d'argent à l'échéance de l'emprunt obligataire.

272. Nous pouvons même énoncer que l'effet de garantie (entendu *lato sensu*) procuré par l'obligation disjonctive profite également au débiteur. S'il se trouve dans l'impossibilité matérielle d'exécuter un des objets de l'obligation (par exemple, absence de liquidité) ou s'il ne souhaite plus transmettre tel bien, il peut se libérer de ses obligations en choisissant l'objet

⁶⁴⁷ P.-M. VanCaeneghem et S. Féron, « Les obligations convertibles », *Option Finance*, n°964, 21 janv. 2008, p. 36.

⁶⁴⁸ Pour l'assimilation du droit d'option issu de l'obligation alternative et le droit de conversion, V. infra n°294.

⁶⁴⁹ Le régime juridique des valeurs mobilières donnant accès au capital est un régime protecteur des droits du porteur. Pour plus de développements, V. notamment : A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières, Augmentations de capital*, Francis Lefebvre, 2004, n°650 et s.

subsidaire composant l'obligation facultative ou l'autre branche de l'alternative, s'il est doté du droit d'option. Il est, d'une certaine façon, garanti de pouvoir exécuter ses obligations vis-à-vis de son créancier. La détermination d'une obligation facultative permet, par exemple, au débiteur de se libérer en payant le prix d'acquisition d'un bien ou subsidiairement en transférant la propriété d'une parcelle de terrain dont il dispose⁶⁵⁰. Dans le cadre d'une opération d'acquisition à effet de levier (connue sous le nom de *Leverage Buy Out*)⁶⁵¹, les protagonistes sont amenés à stipuler bien souvent des obligations alternatives au profit des créanciers seniors ou des créanciers juniors, tels que des fonds d'investissement. L'obligation alternative permet aux établissements de crédit, notamment, de pouvoir demander le remboursement de leur crédit en numéraire ou par l'octroi de titres de capital. En d'autres termes, ils peuvent demander à transformer leurs dettes en capital. Cette possibilité se révèle être opportune, lorsque l'opération à effet de levier n'a pas eu les effets escomptés et lorsque la société holding se trouve confrontée à un manque de trésorerie afin de rembourser le prêt ayant servi à l'acquisition de la société cible. La stipulation d'obligations alternatives ou facultatives (l'objet subsidiaire serait de demander le remboursement via des titres de capital) dans le cadre de l'avenant ou des avenants à la documentation juridique, permet alors à la société holding de faire face au remboursement de son emprunt et d'éviter de voir prononcer l'exigibilité anticipée de celui-ci, voire l'exigibilité anticipée d'autres contrats si une clause de défaut croisé a été stipulée⁶⁵².

En raison du choix entre plusieurs prestations, l'obligation disjonctive produit des effets seconds de garantie. Un temps délaissée, il est évident que l'obligation disjonctive en tant que technique de garantie doit connaître un nouvel essor.

b) Le renouveau de l'obligation disjonctive en tant que technique de garantie

273. Le recours aux mécanismes du régime général des obligations peut se faire par anticipation, c'est-à-dire au moment de l'engagement des parties (par exemple, obligation

⁶⁵⁰ Cass. 3^e civ., 11 juin 1970, *Bull. civ.* III, n°401.

⁶⁵¹ Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : *LBO, Capital Transmission*, Francis Lefebvre, 2^e éd. 2013 ; R. Mortier, H. Hovasse et D. Marcheteau, « Les LBO (leverage buy out) », *Actes prat. ing. sociétaire*, mai-juin 2008, p. 3 et s. ; « Les LBO, Tour d'horizon technique », *Dr. et patr.* oct. 2006, n°152, p. 39 et s. ; E. Cevaer et P.-E. Perrot, « Le financement de la reprise d'une entreprise par effet de levier (le LBO) – 1^{ère} partie : présentation d'une opération de LBO », *Rev. Lamy dr. aff.* juill.-août 2001, n°62, p. 81 et s.

⁶⁵² R. Marty, « Les clauses d'événements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement », *JCP éd. E* 2011.1250 ; A.-C. Péliissier, « La MAC Clause », *RLDC* 2006/26, n°1081.

solidaire, obligation indivisible ou obligation disjonctive) ou postérieurement au moment de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation (compensation, action oblique, action paulienne, etc.). Dans ces hypothèses, c'est l'obligation en elle-même qui est l'instrument de garantie⁶⁵³. L'obligation disjonctive fait partie indéniablement de cette catégorie de garantie à raison de l'existence d'une pluralité de prestations au sein d'une même obligation et par le choix conféré au créancier. Toutefois, le rôle de garantie joué intrinsèquement par l'obligation disjonctive semble ne pas être perçu par la doctrine moderne, lorsqu'elle analyse les mécanismes généraux du régime général des obligations ayant des effets de garantie⁶⁵⁴. La doctrine classique avait, quant à elle, considéré que le fondement de l'obligation alternative résidait dans ces effets de garantie mais sans aller plus loin dans l'analyse.

274. La plasticité et la flexibilité du mécanisme de l'obligation disjonctive lui permettent d'assurer une fonction de garantie. Ces techniques légales assurent au créancier une situation préférentielle⁶⁵⁵. En aucune manière, contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine⁶⁵⁶, le rôle de garantie de l'obligation disjonctive n'est dépassé et désuet. La justification de l'absence de recours à l'obligation disjonctive est liée à sa méconnaissance. La flexibilité de l'obligation disjonctive lui permet bien, au contraire, de ne pas figer l'engagement des parties à un objet de l'obligation et donc d'offrir davantage de liberté aux parties quant à son utilisation. A ce titre, selon un auteur⁶⁵⁷, les obligations disjonctives, dont l'obligation alternative, constitueraient une illustration de la coobligation imparfaite reposant sur une alternative aux termes de laquelle le créancier pourrait choisir l'objet de l'obligation le plus important quantitativement ou qualitativement. L'octroi du choix au créancier résulterait de l'économie même de la convention. Cette coobligation imparfaite se différencierait de la coobligation parfaite, au sens où le garant serait tenu à l'égard du créancier du même objet que celui du débiteur principal, comme peut l'être une caution. Au stade de sa conception, il peut être envisageable de considérer l'obligation alternative comme une coobligation imparfaite si les prestations objets de l'obligation, considérées comme équivalentes par les parties, ne le sont pas objectivement. En réalité, il semble que, dans nombre d'hypothèses, les objets de l'obligation dus alternativement ne peuvent pas être

⁶⁵³ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 1^{ère} éd. 2013, n°24.

⁶⁵⁴ V. par exemple, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, Defrénois, 9^{ème} éd. 2015 ; D. Poracchia, F. Rizzo et J.-D. Pellier, *op. cit.* ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*

⁶⁵⁵ Ph. Théry, *Sûreté et publicité foncière*, PUF, 2^{ème} éd. 1998, n°3.

⁶⁵⁶ D. Veaux, *op. cit.* ; L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p.9.

⁶⁵⁷ J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, Contribution à l'étude du concept de coobligation*, thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2012, n°195.

considérés comme objectivement équivalents. Par exemple, le transport par air ou par route n'implique pas le même coût ou les effets du choix de l'alternative issue de l'action en rescision pour lésion ne sont pas les mêmes, etc.

275. En raison de sa fonction de garantie, la stipulation d'une obligation disjonctive dans un contrat ne nécessite pas, outre les conditions classiques de validité, de condition exorbitante du droit commun. En d'autres termes, son appartenance à la grande variété des garanties ne l'astreint pas au respect de règles spécifiques, comme celles applicables aux véritables sûretés. Ceci est un atout majeur pour cette modalité de l'obligation. L'appréhension de la notion de garantie est effectuée au cas par cas. A ce titre, un contrat contenant une obligation disjonctive mise à la charge d'un débiteur, *es* qualité de personne morale, ne doit pas être soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration, telle que prévue par l'article L. 225-35 alinéa 4 du Code de commerce. En ce domaine, la Cour de cassation adopte, en effet, une conception restrictive de la notion de garantie, laquelle doit être entendue comme un engagement souscrit par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers⁶⁵⁸. En outre, la garantie requiert que la technique du régime général des obligations utilisée ne constitue pas un mode d'extinction de la propre dette de la société émettrice, afin d'être exclue du champ d'application de l'article L. 225-35 du Code de commerce.

276. Plus généralement, parmi les modalités de l'obligation, les obligations disjonctives ne sont pas les seules à produire des effets seconds de garantie. Elles concourent toutes indirectement à protéger le bénéficiaire contre un risque d'incertitude ou un risque d'inexécution des obligations. La condition suspend l'existence d'une obligation à la survenance ou à l'absence de survenance d'un événement. Cet événement joue en tant que tel

⁶⁵⁸ Pour une illustration en matière de garantie de passif, V. : Cass. com., 12 juill. 2011, *Bull. civ.* IV, n°123, *D.* 2011.1967 ; *Rev. sociétés* 2012.102, note J.-J. Daigre ; *RTD com.* 2011.584, obs. P. Le Cannu et B. Dondero. Plus récemment en matière de délégation, considérée comme une technique de régime général des obligations ayant des effets de garantie : Cass. com., 15 janv. 2013, *Bull. civ.* IV, n°10 ; *JCP éd. E* 2013.I.43, note R. Marty ; *D.* 2013.1710, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* 2013, n°227, p. 88, chron. par A. Aynès ; *JCP éd. G* 2013.I.897, note A. Bascoulergue ; *Bull. Joly Sociétés* 2013, n°3, p. 186, note J.-F. Barbiéri ; *JCP éd. G* 2013.I.897, n° 8, obs. M. Billiau ; *Banque* 2013, n° 762, p. 84, note M. Boccara ; *RD bancaire et fin.* 2013, n° 2, comm. 58, note A. Cerles ; *RD bancaire et fin.* 2013, n° 4, comm. 121, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; *RD transports* 2013, n° 2, p. 37, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 2013.87, obs. B. Dondero et P. Le Cannu ; *LPA* 2013, n° 74, p. 7, note A. El Mejri ; *RTD civ.* 2013.16, obs. B. Fages ; *RLDC* 2013/102, n°5013, obs. C. Gijsbers ; *D.* 2013.1183, note A. Hontebeyrie ; *Rev. sociétés* 2013.291, obs. D. Legeais ; *LEDC* mars 2013, p. 3, obs. N. Leblond ; *JCP éd. N* 2013.31, note M. Mekki ; *Gaz. Pal.* 28 févr. 2013, p. 9, note M. Mignot ; *Banque et droit* 2013, n° 148, p. 49, note E. Netter ; *LPA* 2013, n° 109, p. 15, note I. Sérandour ; *Gaz. Pal.* 6 avr. 2013, p. 28, obs. A.-F.-Zattara-Gros.

un effet de garantie, au sens où les parties ont entendu lier leur engagement à la réalisation ou non de celui-ci. Dès lors, les parties ne sauraient être obligées si cet événement ne se réalise pas. L'engagement de l'acquéreur immobilier ne naîtra pas s'il n'a pas obtenu son financement bancaire stipulé en tant que condition suspensive dans une promesse synallagmatique de vente, par exemple. Pareillement, en présence d'obligations indivisibles, le débiteur ne saurait être libéré s'il n'a pas exécuté totalement son engagement, de sorte que l'indivisibilité joue aussi un rôle de garantie. En outre, la stipulation d'une solidarité entraîne un effet de garantie⁶⁵⁹. La fonction de garantie se révèle plus prégnante en présence d'un codébiteur non intéressé à la dette⁶⁶⁰. Cet effet de garantie pourrait se démultiplier si nous cumulons les modalités de l'obligation. Monsieur Pellier⁶⁶¹ propose, à cet égard, d'accoupler l'obligation alternative en présence de sujets multiples afin de retenir la notion d'obligation alternative à sujets multiples. Cette obligation alternative à sujets multiples consisterait à ce que des codébiteurs soient chacun tenus alternativement d'un objet propre mais en vertu de la même cause, ce qui justifierait, selon lui, le fondement de certaines garanties personnelles. Cet auteur retient, ainsi, l'existence d'une alternative objective dans la délégation imparfaite certaine et dans la garantie autonome. Il considère que le délégué est tenu d'un objet différent de celui du délégant et que le donneur d'ordre est tenu d'un objet différent de celui du garant. Eu égard à la finalité de garantie, le créancier devrait être titulaire du choix.

En somme, il s'avère que ce sont les modalités de l'obligation qui modifient les effets habituels de l'obligation en leur faisant jouer un rôle particulier, qu'est celui de garantie. Le renouveau de l'obligation disjonctive, dont « *la renaissance de l'obligation facultative* »⁶⁶², dans sa fonction de garantie offrirait une voie de garantie supplémentaire au créancier et pourrait également s'articuler avec de « véritables » sûretés ou d'autres garanties dans le dessein d'accroître cet effet.

⁶⁵⁹ V. supra n°142.

⁶⁶⁰ C. civ., art. 1318 ; C. civ., ancien art. 1216.

⁶⁶¹ J.-D. Pellier, *op. cit.*, n°192 et s.

⁶⁶² P.-Y. Gautier, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 1^{er} avr. 2004, n°2, p. 543 et s.

§ 2 : Une articulation possible et opportune entre l'obligation disjonctive et les sûretés

277. Si l'obligation disjonctive ne peut être assimilée à une sûreté, il n'en demeure pas moins qu'une articulation entre une sûreté et une obligation disjonctive se révélerait particulièrement utile, afin de donner de la flexibilité au mécanisme de sûreté qui n'en a pas ou peu. Dans cette perspective, il est requis que nous excluions au préalable des situations, qui ne peuvent guère être qualifiées d'obligation disjonctive. Tout d'abord, tout créancier garanti bénéficie, en principe, d'un choix lorsqu'il mettra en œuvre ses sûretés, en cas de défaillance du débiteur principal : la possibilité de ne pas choisir ou de choisir la mise en œuvre de telle sûreté au détriment d'une autre, sous réserve du créancier cautionné de l'article 2314 du Code civil. Puis, un créancier peut également choisir le mode de réalisation de sa sûreté qu'il souhaite, lorsque plusieurs modes de réalisation existent. Ainsi, un créancier hypothécaire peut choisir de se faire attribuer l'immeuble soit judiciairement, soit conventionnellement, en présence d'un pacte commissaire, sous réserve, toutefois, de certains « garde-fous »⁶⁶³. Le choix conféré au créancier ne peut être assimilé au choix résultant d'une obligation disjonctive. Le créancier n'est, en effet, nullement contraint de mettre en œuvre une sûreté et de choisir la modalité de réalisation de celle-ci. La mise en œuvre d'une sûreté et le choix de réaliser la sûreté, en cas de défaillance du débiteur principal, ne sont pas des objets de l'obligation, à savoir des prestations. De fait, le créancier disposant d'une sûreté ne saurait être *per se* débiteur d'une quelconque obligation disjonctive.

En revanche, la liberté contractuelle et la flexibilité de l'obligation disjonctive permettent d'articuler cette modalité de l'obligation avec une sûreté tant au moment de la conception de l'opération contractuelle par les parties - les garanties alternatives - (A) qu'au moment de l'exécution de l'obligation garantie (B).

A) L'utilisation de garanties alternatives

278. Grâce à la souplesse que procure l'obligation disjonctive lors de l'exécution de l'obligation, à savoir la possibilité de choisir la prestation que le débiteur devra exécuter, nous pouvons nous interroger sur la possibilité et l'opportunité de combiner les obligations disjonctives avec le droit des sûretés. Une sûreté se trouve dans plusieurs domaines :

⁶⁶³ Les attributions judiciaire et conventionnelle sont paralysées, lorsque l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur. L'article 2460 du Code civil prévoit que « l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence (une soulte) ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne ».

opérations de crédit, baux, exécution de relations commerciales, etc. Parfois, la loi impose au créancier une typologie de sûreté. Néanmoins, bien souvent, le créancier impose au débiteur de lui fournir telle ou telle sûreté, sans lui laisser le choix au point que le débiteur adhère à la fourniture d'une sûreté plus qu'il n'y consent réellement. De fait, la situation se montre relativement rigide vis-à-vis du débiteur et l'oblige à fournir la sûreté demandée. C'est pourquoi la souplesse et la flexibilité de l'obligation disjonctive pourront amoindrir la rigidité d'une sûreté.

279. Afin de donner plus de facilités aux parties, il pourrait être envisagé de mettre en place des garanties dites alternatives, tel que le prévoit, par exemple, le législateur en deux temps, dans l'opération de sous-traitance. D'une part, lorsqu'un entrepreneur recourt à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'entreprise ou d'une partie d'un marché public conclu avec le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur est assujéti vis-à-vis de son sous-traitant à une obligation facultative⁶⁶⁴ de fournir une caution bancaire solidaire ou de se libérer de cette obligation en déléguant le maître de l'ouvrage⁶⁶⁵. D'autre part, l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance envisage l'hypothèse où le sous-traitant sous-traiterait lui-même ses obligations. Dans ce cas, il serait obligé à l'égard de son cocontractant, afin de garantir le paiement de ses obligations, soit à fournir un cautionnement soit à déléguer le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire qu'il serait astreint à une obligation alternative. La loi relative à la sous-traitance est un exemple légal d'une obligation disjonctive, dont le choix est laissé au débiteur. Sans occulter la garantie donnée aux sous-traitants, le débiteur peut librement arbitrer entre l'octroi de telle ou telle garantie. Par ailleurs, en matière de cautionnement légal ou judiciaire, l'article 2318 du Code civil⁶⁶⁶ donne un nouvel exemple d'obligation alternative : si le débiteur ne peut fournir une caution à son créancier, dans les cas où le cautionnement est requis par la loi ou par une décision de justice, il peut se libérer de cette obligation en consentant un gage. En réalité, il semble que la jurisprudence interprète *lato sensu* ce texte en permettant au débiteur de substituer au

⁶⁶⁴ L'article 14 de loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose que : « *A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.* »

⁶⁶⁵ Pour plus de développements sur cette question, V. notamment : D. Legeais, *op. cit.*, n°327 ; Ph. Simler, « La délégation du maître de l'ouvrage », *RDI* 1996.150 ; M. Billiau, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Délégation*, 2016, n°7 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n°408.

⁶⁶⁶ C. civ., art. 2318 : « *Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant* ».

cautionnement toute autre sûreté réelle⁶⁶⁷. Ainsi, dans certaines hypothèses, le législateur instaure une obligation facultative ou une obligation alternative au bénéfice d'un débiteur, lui permettant de choisir la sûreté ou la garantie qu'il va donner à son cocontractant.

280. Le schéma mis en place par le législateur mérite assurément d'être généralisé en matière contractuelle afin de dynamiser le droit du crédit, notamment lorsqu'une période de temps s'écoule entre le moment de l'engagement des parties et la réalisation de l'opération. Il pourrait être envisagé de prévoir, au moment de l'engagement des parties, que le débiteur s'engage à fournir au créancier telle ou telle garantie. Sans cette stipulation, le débiteur ne peut, en effet, imposer au créancier une substitution de sûreté. Dans les financements de projets, la stipulation d'une obligation disjonctive pourrait se révéler des plus utiles afin de donner de la flexibilité au débiteur. Par exemple, dans le cadre du financement d'une usine, afin de garantir le remboursement du prêt ayant financé la construction de celle-ci, il pourrait être prévu que l'emprunteur soit cède ses créances futures à la banque, via la cession par voie de bordereau Dailly, soit nantisse son fonds de commerce. Pareillement, dans le cadre d'une opération d'acquisition à effet de levier, afin de contre-garantir son engagement issu de la garantie d'actif et de passif, le cédant peut s'engager dans un protocole d'acquisition sous conditions suspensives à fournir, au moment de la cession définitive au holding *ad hoc* soit un cautionnement bancaire solidaire soit une garantie autonome à première demande. Il peut encore s'engager à fournir un cautionnement bancaire solidaire avec la possibilité de se libérer en versant la somme garantie correspondante sur un compte bancaire dédié (gage-espèces) et au bénéfice du holding. La stipulation d'une obligation disjonctive est d'autant plus intéressante dans ces deux opérations de financement que s'écoule généralement une certaine période entre l'engagement des parties et la réalisation définitive de l'opération. La stipulation d'une obligation disjonctive au stade du premier acte d'engagement aurait un double avantage : sceller l'accord des parties tout en permettant au débiteur de donner la sûreté qu'il estimera la plus appropriée au moment de la réalisation. Dans cette hypothèse, le choix serait laissé au débiteur. Toutefois, l'octroi d'un choix au créancier pourrait tout aussi être envisagé. En s'appuyant sur le même exemple de la contre-garantie, le créancier, en fonction de la réalisation des audits et des risques éventuellement décelés, pourrait choisir de demander au cédant soit un cautionnement bancaire solidaire soit une garantie bancaire à première demande, la seconde étant moins contraignante que la première pour lui. La

⁶⁶⁷ Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, Litec, 6^{ème} éd. 2015, n°84 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n°64 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n°407.

plasticité de l'obligation disjonctive laisserait de la flexibilité aux parties dans les contrats d'affaires tout en assurant un rôle de garantie.

281. Pareillement, l'utilisation de l'obligation disjonctive peut s'appliquer aux biens, droits ou sûretés objets de la garantie. Par exemple, le débiteur peut affecter en sûreté tel bien ou tel autre. Envisageons cette possibilité s'agissant du contrat de gage ou de nantissement. Depuis la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006⁶⁶⁸, les parties peuvent affecter en gage ou en nantissement, en garantie d'une obligation principale, un bien meuble corporel ou incorporel ou un ensemble de biens meubles corporels ou incorporels, présents ou futurs, selon respectivement les articles 2333 et 2355 du Code civil. Ces articles offrent la possibilité aux parties d'intégrer dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière, des biens futurs mais aussi un ensemble de biens présents ou futurs. Il pourrait être prévu dans ce contrat de sûreté (requis à titre de validité⁶⁶⁹) une obligation disjonctive aux termes de laquelle le constituant affecte en garantie deux biens meubles mais un seul pourrait faire l'objet de la réalisation de la sûreté par le créancier, en cas de défaillance de paiement du débiteur de l'obligation garantie. Outre cette consécration législative, cette proposition est renforcée, par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁷⁰ relative à la faculté de substitution d'un bien objet de la garantie par un autre. La stipulation d'un choix au profit du débiteur ou du créancier (plus opportun) doit être précisée au moment de l'engagement des parties, à savoir au moment de la conclusion du contrat de sûreté, à l'instar de la faculté de substitution. En outre, l'ensemble des biens présents ou futurs affecté en garantie de l'obligation principale constitue une universalité, au sein de laquelle ses éléments peuvent être renouvelés, dès lors que la valeur de la sûreté reste la même⁶⁷¹. Ainsi, l'assiette du gage ou du nantissement pourrait comprendre alternativement tel ou tel bien, jugé équivalent par les parties et dont la

⁶⁶⁸ Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006 relatives aux sûretés, JO 24 mars 2006, ratifiée par la L. n° 2007-212 du 20 févr. 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, JO 21 févr. 2007.

⁶⁶⁹ S'agissant du gage, C. civ., art. 2336 et s'agissant du nantissement, C. civ., art. 2356.

⁶⁷⁰ Cass. com., 4 juill. 2000, *Bull. civ.* IV, n°136 ; Cass. com., 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n°98 ; *JCP éd. E* 2010. 1601, note D. Legeais ; *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 94, obs. Ph. Dupichot ; *RDC* 2010, 1341, obs. A. Aynès ; *RTD civ.* 2010.595, obs. P. Crocq ; *JCP éd. G* 2011, 226, n°17, obs. Ph. Delebecque : « *la substitution de nouvelles marchandises, de nature et de qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle, résultant d'un accord de volontés des parties, disposant que les biens substitués seront remplacés par le débiteur constituant par la même quantité de choses équivalentes* ». Il convient, cependant, d'émettre une réserve quant à l'interprétation de cette jurisprudence s'agissant de la possibilité pour les parties de considérer conventionnellement des biens fongibles alors qu'ils ne le sont pas par nature.

⁶⁷¹ La loi énonce quelques exemples légaux de gages ou de nantissements spéciaux dotés d'une assiette de biens « flottante », dont le plus connu est le nantissement de compte d'instruments financiers (C. mon. fin., art. L. 211-20).

valorisation de la sûreté serait unique. L'existence d'une assiette « semi-flottante » semble bien être permise à tous les gages et nantissements depuis la dernière réforme relative au droit des sûretés.

282. En outre, l'utilisation d'une obligation disjonctive pourrait se matérialiser dans un contrat cadre de sûreté conclu aux fins de garantie de l'engagement principal. Dans ce contrat, il pourrait être prévu qu'en garantie de l'obligation principale, le débiteur consente telle ou telle sûreté à son créancier ou consente telle sûreté à ce dernier mais avec le droit facultatif de se libérer en fournissant telle autre. A côté de ce contrat, existeraient des contrats que nous pourrions appeler « contrats d'application de sûretés », à savoir un contrat pour chaque sûreté objet de l'obligation. Le contrat cadre de sûreté aurait vocation à garantir l'obligation principale, à articuler l'existence d'un choix et à l'encadrer, ainsi qu'à traiter les conditions dans lesquelles le débiteur pourrait disposer des biens, etc. Chaque contrat d'application serait la sûreté considérée, contenant, si besoin, les mentions propres à sa validité. La contractualisation de garanties alternatives ne dispensera pas le créancier de s'assurer que les conditions propres à chaque sûreté soient remplies, dont notamment les nombreuses règles applicables au cautionnement, ainsi que les conditions générales à toute sûreté, telles que le principe de non spoliation du constituant. Cette souplesse contractuelle permettrait de faciliter les négociations entre plusieurs créanciers, tels qu'un établissement de crédit et un holding d'acquisition créé dans le cadre d'une opération à effet de levier, afin de choisir la garantie à mettre en place en toute discrétion et en toute sérénité. Ainsi, le créancier disposerait d'un choix, en fonction de la défaillance du débiteur principal d'actionner telle ou telle sûreté. Cette liberté pourrait être intéressante pour le créancier et pour le débiteur, lequel pourrait aussi disposer du choix (dont le contenu devra alors être strictement défini afin d'éviter tout abus) et octroyer au créancier la sûreté la moins gênante pour lui. La faveur du choix au débiteur pourrait permettre d'équilibrer davantage la relation contractuelle entre le débiteur et son créancier.

La combinaison d'une obligation disjonctive et d'une sûreté permet de donner de la flexibilité à cette dernière notion tout en produisant des effets premiers de garantie au moment où le bénéficiaire du choix désigne l'objet de son obligation.

B) Le choix du garant au moment de l'exécution de la garantie

283. Au stade de la mise en œuvre de la garantie, une obligation disjonctive peut être prévue en tant que modalité soit de l'obligation principale garantie soit de la garantie elle-même.

284. A l'instar d'un auteur⁶⁷², nous pouvons nous interroger, dans le premier cas, sur le bénéfice de l'attribution par la caution du choix inhérent à l'obligation disjonctive, lorsqu'elle est actionnée en paiement par le créancier, et ce en vertu de l'article 2290 du Code civil⁶⁷³. En raison du caractère accessoire du cautionnement, la caution peut-elle profiter du choix stipulé dans l'obligation principale ? La réponse est clairement négative. Tout d'abord, le bénéfice du choix ne peut revenir qu'au débiteur ou au créancier⁶⁷⁴. Puis, la mise en jeu de la caution nécessite une défaillance du débiteur dans l'exécution de son obligation et postule que le choix entre plusieurs prestations ait été exercé. Dès lors, la modalité disjonctive a disparu. En outre, depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁶⁷⁵, l'absence d'exercice du choix par une partie permet à l'autre partie de procéder elle-même au choix, après mise en demeure, ou de résoudre le contrat⁶⁷⁶. De fait, la prestation que devra réaliser la caution sera précisée par le créancier, si elle ne l'est pas par le débiteur. L'absence d'exercice du choix par la caution se justifie donc pleinement, puisque le choix a été réalisé avant qu'elle ne soit appelée en paiement.

285. Par ailleurs, lors de la mise en jeu d'une garantie autonome consentie en garantie de la bonne exécution du contrat principal, nous observons que les parties prévoient souvent l'existence d'une obligation disjonctive, dont le choix est accordé au garant (nous sommes en présence d'un *performance bond* issue du droit américain, très fréquent dans les relations commerciales internationales). « *La garantie de bonne exécution désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (le « garant »), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un autre entrepreneur (le « donneur d'ordres ») ou sur les instructions d'une banque..., habilitée à cet effet par le donneur*

⁶⁷² M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse Paris 11, 2001, n°254 et s.

⁶⁷³ C. civ., art. 2290 : « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* ».

⁶⁷⁴ V. supra n°187 et s.

⁶⁷⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁶⁷⁶ C. civ., art. 1307-1 al. 2.

d'ordre (« la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (le « bénéficiaire », par lequel le garant s'oblige – au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (le « contrat ») – à effectuer un versement au bénéficiaire, dans les limites d'un montant indiqué ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat»⁶⁷⁷. En matière de contrat de prestation de service ou de marché de travaux, le contrat de garantie autonome peut stipuler une obligation alternative à la charge du garant aux termes de laquelle il s'engage en considération d'une obligation principale soit à payer une certaine somme d'argent soit à exécuter lui-même le contrat.

286. Une autre illustration de l'existence d'une obligation disjonctive, dans le domaine des garanties autonomes nous est donnée, lorsque la garantie autonome est assortie d'un terme. Il arrive souvent que, quelques temps avant l'arrivée du terme de la garantie autonome, les obligations issues du contrat principal n'aient pas été toutes exécutées. Lors de l'arrivée du terme, le bénéficiaire pourrait tout à fait appeler la garantie autonome, si bien que le garant serait contraint de payer. C'est pourquoi le bénéficiaire de la garantie invite généralement le garant, avant la survenance de l'échéance de la garantie, à proroger ou à payer. Cette invitation se matérialisant par une demande écrite équivaut de la part du bénéficiaire à un appel légitime de la garantie⁶⁷⁸. Le garant est contraint de s'exécuter, sous réserve de la garantie documentaire ou de la garantie autonome justifiée, ou de proroger la garantie. Il se trouve, en réalité, débiteur d'une obligation facultative, dont l'objet principal est de payer et l'objet subsidiaire de proroger la garantie⁶⁷⁹.

Nous avons, ainsi, pu mettre en exergue que l'obligation disjonctive peut incontestablement jouer de nouveau son rôle de garantie, tout en assurant aux parties une souplesse contractuelle lorsqu'elle est notamment aménagée avec une sûreté. La souplesse et la flexibilité de l'obligation disjonctive lui permettent aussi de jouer une autre fonction : celle de sauvegarder de manière anticipée le lien contractuel.

⁶⁷⁷ Y. Pouillet, « Les garanties contractuelles dans le commerce international », *Dr. prat. com. int.* 1979, p. 387.

⁶⁷⁸ Paris, 22 nov. 1985, *D.* 1986.IR.155, obs. M. Vasseur ; Paris, 1^{er} oct. 1986, *D.* 1987.S.171, obs. M. Vasseur.

⁶⁷⁹ Ph. Simler, *op. cit.*, n°909.

Sous-Section 2 : Un moyen anticipé de sauvegarde du lien contractuel

287. Grâce à sa pluralité de prestations, l'obligation disjonctive permet aux parties d'anticiper les difficultés pouvant survenir au moment de l'exécution et d'adapter le contrat à l'évolution de l'environnement économique⁶⁸⁰, et ce sans qu'un nouveau consentement soit requis. L'opération économique convenue entre les parties pourra se réaliser à travers la sauvegarde du lien contractuel. La stipulation d'une obligation disjonctive peut permettre d'empêcher la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur, lorsque le choix lui est dévolu, en prévoyant *ab initio* plusieurs prestations destinées à anticiper une éventuelle inexécution. Elle a vocation à se trouver en amont de l'inexécution. Par exemple, une entreprise de pressing accepte de laver et de repasser des vêtements mais limite sa responsabilité généralement à la valeur des vêtements, en cas de détérioration de ceux-ci. Il pourrait s'avérer prudent pour ce prestataire d'aménager son obligation en prévoyant une alternative : le nettoyage et le repassage réussis des vêtements ou la fourniture de nouveaux vêtements de même qualité. Le créancier de la prestation bénéficierait alors de la seconde branche en cas d'impossibilité d'exécution de la première. L'exécution de l'obligation disjonctive se révélerait alors plus efficiente. L'obligation est alors aménagée à travers le choix afin d'éviter la mise en jeu de la responsabilité du débiteur. Cette fonction de l'obligation disjonctive se retrouve également dans le cadre d'une restructuration d'une opération d'acquisition à effet de levier⁶⁸¹ afin d'éviter l'inexécution contractuelle du holding d'acquisition liée à l'impossibilité de rembourser en numéraire le prêt. La stipulation d'une telle modalité de l'obligation permet de maintenir le lien contractuel, et, de manière médiate, de sauvegarder la société.

288. La pratique du droit des contrats nous permet également de donner quelques exemples d'obligations alternatives permettant à un débiteur de remplir ses obligations contractuelles. Par exemple, dans un contrat de franchise, des auteurs ont pu remarquer la présence d'une telle clause : « le vendeur-installateur s'engage à assurer ou faire assurer l'installation et le service après-vente de tous les appareils vendus... »⁶⁸². Le débiteur s'engage à effectuer lui-même ces prestations ou à les faire exécuter par un tiers. Par ailleurs, un futur associé d'une société peut s'engager de manière équivalente à apporter un bien à celle-ci en nature (par exemple, un immeuble ou un droit au bail) ou en numéraire, dont le choix pourrait être laissé

⁶⁸⁰ S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-Marseille, 1999, n°349.

⁶⁸¹ V. supra n°272.

⁶⁸² P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd. 2010, n°600.

au représentant légal de la société avant la libération de l'apport. Par exemple, si l'apport en nature n'est pas possible ou n'est pas utile à la société, l'engagement de l'associé demeurera ; l'équilibre souhaité des futurs rapports sociaux ne sera pas perturbé et le projet de constitution de la société ne sera pas remis en question. De même, cet apport alternatif peut s'appliquer dans le cadre d'une restructuration de sociétés : une société souhaite apporter à une autre un ensemble de contrats, mais dont le contenu n'est pas encore précisément défini. Pareil schéma pourrait être reproduit dans le cadre de la cession conventionnelle de contrat.

289. De plus, une autre illustration nous est donnée par l'article 555 du Code civil⁶⁸³ relatif à l'accession immobilière, lequel consacre l'existence de deux obligations alternatives⁶⁸⁴. Cette disposition est destinée à protéger un propriétaire contre un tiers empiétant sur son terrain en y réalisant des plantations, des constructions ou des ouvrages et institue une obligation alternative à la charge du constructeur (qu'il soit tiers, locataire, bénéficiaire d'une promesse de vente dont l'option n'a pas été levée, etc.) et dont le droit d'option est conféré au propriétaire⁶⁸⁵. En vertu de l'alinéa 4 de ce même article, le propriétaire peut, à travers le mécanisme de l'accession immobilière, soit conserver la propriété de ces éléments soit en exiger la démolition, aux frais du constructeur, si ce dernier est de mauvaise foi. La loi instaure, ainsi, une obligation alternative à la charge du constructeur de mauvaise foi. L'alinéa 3 de l'article 555 du Code civil envisage également la situation où le propriétaire accepterait de conserver la propriété de ces matériaux. Dans ce cas, le propriétaire devra « *rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages* ». A son gré, le propriétaire pourra choisir l'un ou l'autre mode de calcul de cette indemnité⁶⁸⁶. Dans ces deux hypothèses où l'obligation alternative est utilisée par le législateur, le bénéfice du choix n'appartient qu'au seul propriétaire (i.e. le créancier). A travers le recours à l'obligation

⁶⁸³ L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que : « *Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever* ».

⁶⁸⁴ Pour plus de développements sur la notion d'accession, V. notamment : F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2014, n°259 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 6^{ème} éd. 2015, n°439 et s.

⁶⁸⁵ Pour une illustration jurisprudentielle, V. notamment Cass. 3^e civ., 24 oct. 1990, *Bull. civ.* III, n°204 ; *D.* 1991.367, obs. A. Robert.

⁶⁸⁶ Pour une illustration jurisprudentielle, V. notamment : Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n°196 ; *D.* 1997.20, obs. A. Robert ; *RTD civ.* 1997.457, obs. F. Zénati ; *RDI* 1997.207, obs. J.-L. Bergel ; *JCP éd. G* 1997.I.4010, obs. H. Périnet-Marquet ; *LPA* 7 janv. 1998, n°3, p. 18, note Ph. Casson. Dans le même sens, Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, *Bull. civ.* III, n°207.

alternative, le législateur sauvegarde le droit de propriété, dont l'assiette ne peut être réduite ou des dépenses effectuées sur le fonds sans l'accord du propriétaire, et permet, le cas échéant, au constructeur d'être indemnisé, à raison de la théorie de l'enrichissement injustifié.

290. Pareillement, le même souci de protection innerve l'usufruit de biens consommables, autrement dénommé « quasi-usufruit »⁶⁸⁷. Issu de l'article 587 du Code civil ou de la convention des parties⁶⁸⁸, le « quasi usufruit » prévoit la possibilité pour le quasi-usufruitier de se servir et de consommer la chose consommable, sous réserve que ce dernier restitue, au terme de l'usufruit, soit des choses de mêmes quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution. Cet article instaure une obligation alternative à la charge du quasi-usufruitier. Au cas du quasi-usufruit, l'obligation alternative permet tout à la fois de protéger le nu-propriétaire quant à la restitution de sa créance (outre l'application du régime de l'usufruit⁶⁸⁹ et l'obligation de fournir une caution⁶⁹⁰) et de conférer une certaine plasticité au quasi-usufruit compte tenu de la particularité de la consommation du bien par son simple usage. L'*usus* se confond avec l'*abusus*, dans cette hypothèse.

291. Indirectement, la jurisprudence en requalifiant une situation juridique d'obligation alternative contribue à maintenir le lien contractuel des parties. Dans l'arrêt du 16 mai 2006⁶⁹¹, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel ayant jugé que l'obligation du dépositaire de payer les bijoux qui lui avait été confiés avait été contractée sous la condition suspensive qu'il n'ait pas restitué les bijoux. Celle-ci avait jugé potestative cette condition si bien que l'obligation était nulle. La potestativité ne rend, cependant, pas l'obligation nulle en matière d'obligation disjonctive⁶⁹² permettant la sauvegarde de l'obligation et donc du lien contractuel.

⁶⁸⁷ Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : F. Zénati, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempycose de la valeur) », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 605 et s ; V. Sirinelli, « Le quasi-usufruit », *LPA* 21 et 26 juill. 1993, n°87-89 ; M. Dockes, « Essai sur la notion de quasi-usufruit », *RTD civ.* 1995.479 ; F. Terré et Ph. Simler, *op. cit.*, n°790 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°813 ; A. Chamoulaud-Trapiers, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Usufruit*, n°290 et s ; V. Mercier, *J.-Cl. civ.*, art. 582 à 599, 2015.

⁶⁸⁸ Req., 30 mars 1926, *DH* 1926.217 : cet arrêt admet la possibilité de constituer un quasi-usufruit conventionnel.

⁶⁸⁹ F. Sauvage, « Les nouvelles frontières du quasi-usufruit », *JCP éd. N* 21 avr. 2000, n°16, p. 691 ; G. Hublot, « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et patr.* 2013, 121 ; R. Gentilhomme, « L'extinction anticipée du quasi-usufruit (1^{ère} partie) », *JCP éd. N* n°20, 15 mai 2009, 1165.

⁶⁹⁰ C. civ., art. 601.

⁶⁹¹ Cass. 1^{er} civ., 16 mai 2006, préc.

⁶⁹² V. supra n°196 et s.

A travers la multitude de prestations, l'obligation disjonctive joue assurément un rôle de garantie pour le créancier ou la relation contractuelle, et ce tant dans le domaine du droit civil que dans le domaine du droit des affaires. De manière plus dynamique, elle peut également exercer une fonction de spéculation et d'adaptabilité aux circonstances économiques, laquelle est aujourd'hui la plus répandue.

Section 2 : Un mécanisme avéré de spéculation et d'adaptation aux circonstances économiques

De nos jours, l'obligation facultative et l'obligation alternative sont perçues davantage comme étant un mécanisme de spéculation (Sous-Section 1) et de prévision contractuelle au sens où elles permettent de s'adapter aux circonstances économiques (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Un mécanisme de spéculation en raison de l'écoulement du temps

En raison du choix offert à son titulaire, la doctrine moderne considère que l'utilité de l'obligation alternative, dont plus généralement l'obligation disjonctive, réside dans le rôle de spéculation qu'elle joue intrinsèquement (§1). Son rôle est amplifié quand l'obligation disjonctive est prévue de manière extrinsèque dans un instrument financier (§2).

§ 1 : Une fonction intrinsèque de spéculation

292. La doctrine moderne considère que : « *l'explication actuelle de l'obligation alternative réside dans le simple désir d'une des parties (celle qui s'est réservée l'option), désir auquel l'autre aura accédé, de prendre le temps de réfléchir et d'être mieux informée, notamment sur l'évolution des prix, lorsque viendra le moment de l'exécution* »⁶⁹³. L'existence d'un choix quant aux modalités d'exécution de l'obligation implique une absence de simultanéité entre le moment de naissance et d'exécution de l'obligation. Durant cette période, la valeur de la prestation peut évoluer à la baisse comme à la hausse. Ainsi, le titulaire du choix (débiteur ou créancier) optera pour la solution qu'il estimera la plus avantageuse économiquement pour lui. Le rôle de spéculation de l'obligation disjonctive sera d'autant plus important, lorsqu'un terme aura été stipulé. C'est pourquoi cette modalité de

⁶⁹³ D. Veaux, *op. cit.*, n°5 ; L. Bineau, *op. et loc. cit.*

l'obligation est également perçue, de nos jours, comme un moyen de spéculation⁶⁹⁴. Le législateur et la jurisprudence nous en offrent des exemples.

293. L'article 555 du Code civil, outre le rôle de protection qu'il joue par rapport au droit de propriété⁶⁹⁵, permet de conférer au choix du propriétaire un double caractère de spéculation. D'une part, le propriétaire peut conserver la propriété des plantations, constructions et ouvrages réalisés par un tiers ou en exiger leur démolition. Le choix du propriétaire va être dicté par un certain nombre de critères : l'esthétique, la valeur créée par ces ouvrages ou plantations eu égard à son fonds, etc. Il ne fait guère de doute que le propriétaire choisira de conserver l'ouvrage construit par un tiers, si cet ouvrage contribue à augmenter la valeur de son fonds, et d'en exiger la démolition si tel n'est pas le cas. Par exemple, tel devrait être le cas de la construction d'un garage⁶⁹⁶ ou d'une cabane de jardin dans un local adjacent à la maison qui n'en est pas dotée. D'autre part, si le propriétaire accepte l'accession immobilière réalisée, il aura le choix du mode de calcul quant à l'indemnisation du constructeur : le paiement soit du coût des matériaux et de la main d'œuvre estimés à la date du remboursement soit d'une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. Dans ces deux hypothèses, le propriétaire choisira l'option qu'il estimera la moins onéreuse pour lui. Dans la même approche, concernant le terme d'un contrat de bail et plus précisément les travaux d'amélioration, le bailleur peut choisir entre la remise en l'état des lieux ou la conservation des améliorations apportées au logement. Un arrêt du 15 janvier 1974⁶⁹⁷ permet d'illustrer le choix offert au bailleur. Le logement loué comportait une moquette qui avait été remplacée, durant l'exécution du contrat de bail, par le preneur. A l'issue de celui-ci, le bailleur a demandé la restitution de la moquette d'origine, l'abandon de la nouvelle moquette et le remboursement de diverses réparations locatives comprenant l'évaluation du coût du remplacement de la moquette d'origine. Un jugement de première instance a fait droit à la demande du bailleur. Le preneur a alors interjeté appel de ce jugement. Devant la Cour d'appel de Paris, le preneur a demandé soit la restitution de la moquette qu'il avait posée soit son remboursement. La Cour d'appel a rejeté, une nouvelle fois, sa demande et l'a condamné à payer les deux objets de l'obligation. Sur le visa notamment de l'ancien article 1189 du Code civil, la Cour de cassation a cassé cet arrêt en

⁶⁹⁴ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

⁶⁹⁵ V. supra n°289.

⁶⁹⁶ Hypothèse théorique eu égard aux contraintes réglementaires liées notamment à la demande de permis de construire.

⁶⁹⁷ Cass. 3^e civ., 15 janv. 1974, *Bull. civ.* III, n°13.

affirmant que : « *le débiteur peut seulement être tenu de l'un des objets d'une obligation alternative* ». En d'autres termes, le bailleur ne saurait exiger de son preneur l'exécution des prestations et tenter de spéculer davantage que le choix dont il bénéficiait via le contrat de bail.

294. L'obligation alternative permet d'expliquer le mécanisme de certaines valeurs mobilières donnant accès au capital social⁶⁹⁸, lorsqu'un droit de conversion y est stipulé. Telle est l'hypothèse des obligations convertibles en actions ou des obligations échangeables en actions d'une filiale. L'existence d'une obligation alternative n'est avérée que si une conversion entre le titre primaire et le titre dérivé est prévue dans le contrat d'émission desdites valeurs mobilières. A défaut (sauf avenant à ce contrat), il ne saurait y avoir de droit d'option quant au mode d'exécution de l'obligation (en numéraire ou en titres). L'absence de choix caractérise, par exemple, les obligations remboursables en actions. Au terme du contrat d'émission, les obligataires deviennent automatiquement actionnaires de la société. Le remboursement des obligations se réalisera exclusivement en actions. Lorsque le droit de conversion est stipulé, il oblige la société émettrice à rembourser les valeurs mobilières soit en argent soit par l'attribution de titres sociaux. La société s'engage à fournir dans la même obligation (celle de rembourser à l'investisseur le prêt consenti) au moins deux prestations. Cette altérité est l'une des conditions requises de la qualification en obligation alternative. S'agissant du droit de conversion, il correspond aux caractères du choix que nous avons mis en exergue. Outre l'appartenance à l'une des parties, il laisse planer une incertitude relative et une alternative quant au mode d'exécution de l'obligation de remboursement soit en argent soit par l'attribution de titres sociaux. Ainsi, le droit de conversion constitue bien le droit d'option issu de l'obligation alternative. L'émetteur ou le souscripteur jouit d'un droit potestatif, au sens où il peut décider de convertir ou non son obligation en actions ou plus généralement son titre primaire en titre dérivé. En d'autres termes, il peut choisir, selon les conditions définies dans le contrat d'émission, d'être désintéressé de sa créance de remboursement du prêt en devenant actionnaire de la société. Si ces conditions sont respectées, la société ou le souscripteur ne peut s'opposer au choix. La validité du droit potestatif ne fait guère de doute, puisque ce droit concerne l'exécution de l'obligation et non sa formation réalisée quelques années auparavant.

⁶⁹⁸ Nous renvoyons le lecteur aux dispositions du Code de commerce s'agissant des conditions d'émission des valeurs mobilières. V. C. com., art. L. 228-91 et s.

295. Ces valeurs mobilières sont assujetties à un régime juridique propre en fonction de la nature du titre. Si le titre primaire est une action, le régime juridique des actions sera appliqué. Réciproquement, si le titre primaire est une obligation, le régime juridique des obligations trouvera application. En outre, dans la mesure où il s'agit d'un « titre composé », les dispositions générales relatives aux valeurs mobilières donnant accès au capital devront être respectées. Notons également que les modalités d'exercice du choix et d'exécution de l'obligation de la société sont prévues par le contrat d'émission et par les dispositions du Code de commerce. Le prix, le délai d'exercice et l'augmentation de capital différée sont encadrés. Le régime juridique attaché à l'obligation alternative aura vocation à s'appliquer, en cas de silence de ces dispositions. En outre, le législateur a mis en place des « garde-fous » afin de protéger les droits des porteurs : interdiction pour la société de réaliser un certain nombre d'opérations (modification de la forme, de l'objet, création d'actions de préférence entraînant une modification des règles de répartition de ses bénéfices, etc.), sauf accord des souscripteurs de ces valeurs mobilières, ainsi que la prise en compte de ceux-ci dans le cadre d'augmentations de capital, de distributions de réserves et d'opérations de fusion ou de scission⁶⁹⁹. En somme, la stipulation d'une obligation alternative au sein d'un contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital octroie aux sociétés un mécanisme juridico-financier, qu'elles peuvent adapter en fonction de leurs besoins. L'obligation alternative caractérise le mécanisme des valeurs mobilières donnant accès au capital. Cette illustration met en exergue le fait que la technique de l'obligation alternative est utilisée en pratique, même si les rédacteurs d'actes n'en ont pas pleinement conscience.

296. La stipulation d'une obligation alternative, dans un contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital⁷⁰⁰, permet de jouer un rôle spéculatif, et ce tant du point de vue du souscripteur que de l'émetteur. Les obligations convertibles en actions, tout d'abord, permettent à l'investisseur de pouvoir bénéficier d'une hausse de l'action, entre le moment de la signature du bulletin de souscription et le moment de la conversion des obligations en actions. Comme le mentionne un auteur, « *il garde le privilège de ne se risquer qu'à bon escient, de n'entrer dans la société qu'après une période probante qui lui aura permis d'apprécier la qualité de gestion et les résultats acquis, de s'assurer même un*

⁶⁹⁹ C. com., art. L. 228-91 et s., notamment C. com., art. L. 228-98 à L. 228-100. Pour plus de précisions, V. notamment B. Zabala, « Valeurs mobilières complexes : une réforme française », *Revue Banque* déc. 2014, n°778, p. 54.

⁷⁰⁰ V. supra n°271.

bénéfice substantiel le jour où il échange son obligation contre une action dont le cours peut présenter une plus-value appréciable »⁷⁰¹. Le souscripteur n'hésitera pas à exercer son droit d'option si la valeur de l'action est supérieure à la valeur définie dans le contrat d'émission. Il deviendra alors associé de l'émetteur à travers la réalisation d'une augmentation de capital à effet différé, dont la souscription se matérialisera par une compensation de créances entre la créance de l'obligataire et la souscription à cette augmentation de capital. Par exemple, les obligations convertibles sont souvent usitées dans des opérations d'acquisition à effet de levier afin d'intéresser des fonds d'investissement à la valorisation (espérée) future du holding. *Ab initio*, c'est l'obligation facultative qui pourrait même être stipulée au sens où le holding s'engagerait à rembourser le prêt en numéraire d'une manière principale et en nature de manière accessoire. Cette stipulation permettrait tout à la fois à ce dernier de se ménager un moyen de libération s'il ne dispose pas de la trésorerie nécessaire et de ne pas diluer les actionnaires fondateurs, dans le cas inverse. Pareillement, elles peuvent même être mises en place au profit des dirigeants, dans de nombreuses opérations secondaires de LBO, lors de l'apport par ces derniers des titres qu'ils détiennent dans le holding d'acquisition à une nouvelle société holding. Cette dernière émettra alors des actions mais aussi des obligations convertibles en actions. L'intérêt pour le fonds et les *managers* est d'accroître leur effet de levier⁷⁰². S'il choisit de ne pas exercer son droit d'option, le souscripteur devra se contenter des revenus produits par les obligations, au demeurant bien supérieurs à ceux des comptes d'épargne bancaire classiques et d'une éventuelle prime de non-conversion, laquelle permet de corriger la « faiblesse » de la rémunération de ces obligations mais aussi celle de la valeur de l'action. Le souscripteur d'obligations *es* qualité d'investisseur peut, dès lors, librement convertir ou non ses titres de créance en titres de capital. L'exercice de son droit de conversion ne s'effectuera qu'à partir du moment où il estimera que les dividendes de l'action sont supérieurs (et de façon durable) aux rapports des coupons de l'obligation. Le droit d'option revêt donc une nature spéculative.

297. S'agissant de l'émetteur, l'émission d'obligations convertibles en actions constitue un mode de financement peu onéreux⁷⁰³, puisque celles-ci offrent un rendement inférieur aux obligations classiques et impliquent un endettement moindre pour la société. Le droit d'option

⁷⁰¹ G. Défossé, *Les obligations convertibles en actions*, PUF, 2^{ème} éd. 1970, p. 12.

⁷⁰² D. Pubellier et M. Bertrel, « Comment organiser l'accès au capital des équipes, des dirigeants dans les opérations de LBO ? », *Actes. prat. ing. sociétaire* sept-oct. 2011, n°106.

⁷⁰³ Ph. Portier, sous Communiqué de presse de la COB, 20 déc. 2002, « Émission d'obligations remboursables en actions (ORA) et d'obligations convertibles en actions (OC) », *RD bancaire et fin.* 1^{er} janv. 2003, n°1, p. 37-38.

de l'obligation alternative prévu dans les obligations convertibles en actions joue de manière évidente un rôle spéculatif au profit du débiteur. Bénéficiant d'une très grande souplesse dans le cadre de la rédaction du contrat d'émission, la société émettrice en levant des fonds peut tout à la fois viser un panel d'investisseurs amateurs d'actions ou d'obligations, proposer un taux de rémunération inférieur à un taux d'obligation ordinaire, profiter d'une prime d'émission conséquente lors la conversion des obligations et corrélativement d'une hausse de ses fonds propres tout en limitant l'aspect dilutif de son actionnariat. A ce titre, nous pouvons relever en droit des sociétés que l'octroi du choix à l'émetteur permet de gérer le caractère dilutif de l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital. Cette gestion de la dilution peut être induite ou se détacher de la fonction spéculative. Souvent, l'émetteur aura pris en compte dans la valorisation de l'augmentation de capital le risque de dilution en prévoyant une prime d'émission importante et une prime de non-conversion des obligations en actions.

298. Cela étant, les obligations convertibles en actions ne sont pas les seules valeurs mobilières donnant accès au capital, qui permettent de spéculer. Il existe aussi notamment les obligations échangeables en actions d'une filiale (OEAF). « *Il s'agit d'obligations, qui sur l'initiative du porteur, peuvent être échangées contre des actions détenues en portefeuille par l'émetteur, selon une parité fixée dans le contrat d'émission* »⁷⁰⁴. Dans le cadre de son obligation de remboursement des obligations souscrites, l'émetteur s'engage, au gré du souscripteur, soit à payer en numéraire les obligations soit à transférer des titres de participations dont il est propriétaire. Le droit d'échange dont bénéficie le porteur constitue un choix, qu'il peut exercer à sa convenance en demandant l'une des deux prestations à l'émetteur. La société Canal + a, par exemple, utilisé pour la première fois en France des OEAF en 1997, en transférant des actions de la société Médiaset. Ce montage juridico-financier lui a permis de se financer à moindre coût tout en cédant des titres de participation qu'elle ne souhaitait plus garder dans son bilan. Le mécanisme des OEAF intègre, dès lors, une obligation alternative afin d'octroyer un tel choix au porteur.

⁷⁰⁴ A. Desclèves et J. Mougel, « Obligations complexes : les nouveaux mécanismes d'accès au capital de l'émetteur ou des sociétés du groupe », *Banque et Droit*, sept.-oct. 199, n°67, p. 13.

299. D'une manière générale, nous pouvons constater que la souplesse offerte par le contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital⁷⁰⁵ (taux d'intérêt, valeur de l'obligation, durée de l'emprunt, moment de conversion, etc.) ajoutée à la souplesse et à la flexibilité de l'obligation disjonctive permettent de satisfaire tant l'émetteur que l'investisseur, lequel prête à titre onéreux de l'argent tout en espérant dégager *in fine* une plus-value intéressante. Elles ont donné lieu à des montages innovants sur les marchés financiers, comme a pu le montrer l'opération « Obligation Vivendi Environnement »⁷⁰⁶. En l'espèce, l'obligation de remboursement de l'émetteur était constitutive d'une obligation alternative composée de trois objets au choix du porteur : le porteur pouvait choisir de recevoir le remboursement de ses obligations soit en espèces, soit par l'allocation d'actions de la société Vivendi Environnement, soit par l'attribution d'actions de la société mère de l'émetteur, la société Vivendi.

300. Par ailleurs, la jurisprudence met aussi en exergue l'utilisation de l'obligation disjonctive dans sa fonction spéculative. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence en date du 18 avril 1989⁷⁰⁷, une personne physique, agissant vraisemblablement en tant qu'agent commercial, a cédé à une autre une partie de la clientèle qu'elle développait pour le compte d'une entreprise. La convention, conclue également avec cette entreprise, prévoyait qu'en cas de cessation des fonctions d'agent commercial du cessionnaire, avant le complet paiement du prix fractionné dans le temps, le mandant s'engageait soit à reprendre le cédant dans ses anciennes fonctions soit à régler le solde du prix de cession dû par le cessionnaire. La Cour d'appel affirme clairement que « *les parties ont voulu laisser à CAPELA (le créancier) le choix, selon l'opportunité du moment, de reprendre ses anciennes fonctions ou de réclamer le paiement de ce qui pouvait rester dû* ». Surtout, le rôle de spéculation est prégnant, lorsque l'obligation disjonctive porte sur des prestations périodiques issues d'un contrat à exécution successive, comme le précise un arrêt du 3 juin 1966 de la première chambre civile de la Cour de cassation⁷⁰⁸. En l'espèce, à la suite d'une vente d'un immeuble en contrepartie d'une rente viagère, le vendeur s'était réservé l'option de choisir annuellement le mode de revalorisation de sa rente. Il bénéficiait, ainsi, du choix de demander l'application de majorations légales ou de la clause d'échelle mobile pour chaque échéance,

⁷⁰⁵ B. Zabala, « La libéralisation du régime des valeurs mobilières composées et ses enjeux », *Revue Banque*, n°676, janv. 2006, p. 50.

⁷⁰⁶ A. Desclèves et J. Mougel, *op. cit.*

⁷⁰⁷ Aix-en-Provence, 18 avr. 1989, n°87/8792.

⁷⁰⁸ Cass. 1^e civ., 3 juin 1966, *Bull. civ. I*, n°329 ; *RTD civ.* 1967.384, obs. J. Chevalier.

ce qu'il n'a pas manqué de faire eu égard aux enjeux financiers. En présence de prestations périodiques alternatives ou facultatives, le titulaire du choix peut à chaque échéance exercer son choix à l'aune de la valeur de l'un des objets de l'obligation. L'obligation disjonctive permet donc incontestablement de spéculer.

Le choix afférent à l'obligation disjonctive permet à son titulaire de pouvoir spéculer, grâce à l'écoulement du temps entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation, et ce tant pour le débiteur que pour le créancier. La souplesse de l'obligation disjonctive et celle, par exemple, d'un contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital permettent aux parties de spéculer et de prévoir un mode de paiement plus original que le simple paiement d'une somme d'argent. Le caractère spéculatif de l'obligation disjonctive s'accroît, lorsque celle-ci est prévue dans des instruments financiers.

§ 2 : Une fonction extrinsèque de spéculation à travers les instruments financiers

301. Selon une position commune de l'ancien Conseil des Marchés Financiers et de l'ancienne Commission des Opérations de Bourse (aujourd'hui regroupés au sein de l'Autorité des Marchés Financiers), « *par warrant, il convient d'entendre un titre conférant à son détenteur le droit, à l'exclusion de tout autre droit : d'acquérir ou de céder un élément sous-jacent à un prix (déterminé ou déterminable) fixé dans le contrat d'émission, ou de percevoir un montant correspondant à la différence, si elle est positive, soit entre le cours de l'élément sous-jacent à la date d'exercice du warrant, d'une part, et le cours d'exercice fixé dans le contrat d'émission, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'une option d'achat ; soit l'inverse, lorsqu'il s'agit d'une option de vente* ». Il convient d'ajouter à cette définition que ce droit est acquis moyennant le paiement d'une prime, représentée par le prix ou le cours du warrant⁷⁰⁹. Les warrants sont généralement utilisés par les souscripteurs à des fins spéculatives et par les émetteurs à des fins de couverture des positions prises sur des actifs sous-jacents. Entre le moment de l'acquisition du warrant et son échéance (généralement deux ans), le cours du sous-jacent peut avoir augmenté. C'est la raison pour laquelle le warrant financier peut amener son souscripteur à réaliser un bel effet de levier et à spéculer. Juridiquement, les warrants⁷¹⁰ consistent, selon Monsieur Hovasse⁷¹¹, en des promesses unilatérales de vente aux

⁷⁰⁹ Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^{ème} éd. 2010, n°140.

⁷¹⁰ L'objet de notre étude ne sera pas de traiter de manière complète la notion et le régime du warrant financier mais d'analyser l'obligation de l'émetteur du warrant à l'aune de notre sujet.

termes desquelles l'émetteur s'engage, dans le cadre d'une obligation alternative, à exécuter alternativement deux prestations : soit livrer l'élément sous-jacent (valeurs mobilières, panier ou indices de valeurs mobilières, devises, taux d'intérêt, matières premières) soit payer une somme d'argent. Il convient d'observer qu'au contraire du bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente, qui n'est pas engagé, le promettant l'est en concluant cette promesse de sorte que la levée de l'option du bénéficiaire rend le contrat définitivement formé⁷¹². Dès lors, le promettant peut très bien s'astreindre à une obligation alternative, tandis que cette possibilité n'est pas ouverte au bénéficiaire avant l'exercice de son option⁷¹³. Au cas du warrant financier, « l'émetteur est libre de fournir l'une ou l'autre prestation »⁷¹⁴. Il jouit, ainsi, du droit d'option issu de l'obligation alternative. A ce titre, si la livraison physique du sous-jacent est de réalisation impossible pour l'émetteur, il doit s'exécuter par équivalent, c'est-à-dire en payant un montant correspondant à la différence si elle est positive (call warrant), ou si elle est négative (put warrant) entre le prix d'exercice et le cours du sous-jacent au moment de l'exercice de l'option⁷¹⁵, par application de l'article 1307-3 du Code civil⁷¹⁶.

302. Pareillement, une obligation alternative trouve sa place dans l'opération de stellage⁷¹⁷. Si le terme conditionnel utilisé par l'ancienne Commission des Opérations de Bourse pour cette opération n'est pas approprié, il ressort de cette définition que l'acquéreur d'un stellage est débiteur d'une obligation alternative consistant soit à acheter à un cours déterminé soit à vendre à un cours également déterminé. L'engagement de l'acquéreur avéré, en l'espèce, comporte deux objets de l'obligation (achat ou vente à un cours fixé à la même échéance). Cependant, les modalités d'exécution de son obligation ne sont pas encore déterminées, puisque le choix n'a pas été réalisé. L'opération est nécessairement spéculative, dans la

⁷¹¹ H. Hovasse, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 2030, *Warrant financier*, 2012, n°10 : « des promesses unilatérales qui donnent naissance à des options au profit de leurs titulaires. L'établissement émetteur prend l'engagement d'acheter ou de vendre une certaine quantité d'un produit sous-jacent pour un prix ferme et un délai fixé tandis que le bénéficiaire demeure libre de lever ou de ne pas lever l'option. En cas d'exercice de l'option, l'établissement émetteur livre le produit sous-jacent ou paie le prix de celui-ci selon les cas (call ou put) ou bien s'exécute par le paiement d'une différence. »

⁷¹² V. notamment : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°191 et s ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°444.

⁷¹³ V. supra n°208 et s.

⁷¹⁴ H. Hovasse, *op. cit.*, n°10.

⁷¹⁵ Th. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, n°144.

⁷¹⁶ V. supra n°48 et s.

⁷¹⁷ COB, bull. mensuel, nov. 1989, p.19. Le stellage est défini comme : « une opération boursière conditionnelle dans laquelle sont stipulés deux cours. L'acquéreur d'un stellage a la possibilité pendant une période de six mois au maximum, soit d'acheter sur le cours le plus élevé, soit de vendre sur le cours le plus bas. A l'échéance finale du stellage, il doit obligatoirement réaliser l'une ou l'autre de ces opérations ».

mesure où le titulaire du choix cherche à réaliser, à l'échéance, un gain soit en revendant sur les marchés financiers le stellage, plus cher que le cours le plus élevé du stellage, soit en l'acquérant moins cher sur le marché que le cours le plus bas du stellage⁷¹⁸. L'achat de stellage sera réalisé au regard de la volatilité du marché, dans la mesure où le débiteur prévoira une variation très forte du cours soit à la hausse soit à la baisse ; alors que la vente du stellage sera envisagée en période de stabilité du prix. En raison de l'écoulement du temps entre le moment de la formation de l'obligation (i.e. au moment de la conception du montage) et de l'exercice du choix, le débiteur choisira, en toute connaissance de cause et en fonction de la rentabilité de l'opération, comment il souhaite dénouer son obligation. Le choix de l'obligation disjonctive octroie à l'investisseur une souplesse notable comparativement à une obligation pure et simple consistant à acheter ou à vendre à l'échéance déterminée. A travers l'existence d'un choix, l'obligation alternative est utilisée afin de spéculer sur les marchés financiers.

En somme, la stipulation d'une obligation alternative au sein d'un instrument financier contribue à accroître l'aspect spéculatif d'un tel instrument. D'une manière générale, notons que le choix ou l'option permet en tant que tel de spéculer, dès lors qu'existe une période de temps entre le moment de naissance de l'obligation et son exécution. Durant cette période, il se peut aussi que l'exécution des obligations des parties se trouve bouleversée à raison de la survenance d'événements imprévisibles.

Sous-Section 2 : Un mécanisme de prévision opportun face à l'évolution des circonstances économiques

Lorsque des circonstances économiques viennent bouleverser l'exécution des obligations d'une partie, la renégociation du contrat demeure difficile (§1). C'est pourquoi les obligations disjonctives permettent de vaincre cette difficulté et de constituer un véritable palliatif aux circonstances imprévisibles survenues par la conclusion du contrat (§2).

⁷¹⁸ Lamy Droit du financement, Partie 3, *Ressources de trésorerie de l'entreprise*, 2016, n°2646.

§ 1 : La survenance de circonstances imprévisibles après la conclusion du contrat

303. Dans les contrats à exécution successive ou dans les contrats à exécution instantanée dont l'exécution est différée, des circonstances indépendantes de la volonté des parties et imprévues lors de la conclusion du contrat peuvent rendre son exécution très difficile ou beaucoup plus onéreuse pour une partie, sans pour autant que celle-ci soit impossible⁷¹⁹. Depuis 1804, il était traditionnellement admis que le principe de la force obligatoire des conventions, issu de l'ancien article 1134 du Code civil désormais codifié à l'article 1103 du Code civil, impliquait une intangibilité du contrat, de sorte qu'une modification unilatérale de la convention n'était pas permise, afin de prendre en compte des changements liés à son environnement économique. Or, si un bouleversement économique du contrat survenait après l'accord initial des parties, l'économie du contrat s'en trouvait impactée, puisque l'une des parties se voyait imposer l'exécution du contrat à des conditions plus onéreuses que celles définies dans son accord originaire. Ces déséquilibres survenaient après la conclusion du contrat⁷²⁰ et participaient de la théorie de l'imprévision⁷²¹. Cette théorie peut être définie comme « *un bouleversement imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat* »⁷²². La partie victime de ce bouleversement était alors contrainte d'exécuter son engagement, conformément à la loi des parties. A l'instar du principe de non-rétroactivité des lois aux situations juridiques déjà créées prévu à l'article 2 du Code civil, les parties restaient tenues d'exécuter leurs obligations contractuelles, et ce indépendamment de la survenance de circonstances économiques nouvelles. La force obligatoire des contrats s'imposait tant aux parties qu'au juge, lequel pouvait, à cette fin, être saisi par l'un des cocontractants. Depuis le fameux arrêt *Canal de Craponne*⁷²³ et jusqu'à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016⁷²⁴, le juge judiciaire, au contraire du juge administratif⁷²⁵, refusait de prendre en

⁷¹⁹ B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC* 1^{er} janv. 2004, n°1, p.7.

⁷²⁰ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°495 et s.

⁷²¹ Cl. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in Mél. J. Ghestin, *Le contrat au début du XX^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 661 ; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922 ; E. de Gaudin de Lagrange, *La crise du contrat et le rôle du juge*, thèse Montpellier, 1935 ; J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988.481. ; Ph. Stoffel-Munck, *Regard sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, préf. R. Bout, PU Aix-Marseille, 1994 ; L. Grynbaum, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse Paris II, LGDJ, 2004, préf. M. Gobeert ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, LGDJ, 2000.

⁷²² V. Etude 348, « La modification de la loi contractuelle », RLDC.

⁷²³ Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 1876.1.195, note A. Giboulot ; *S.* 1876.1.161, *Grands arrêts*, t. 2, n°165.

⁷²⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁷²⁵ CE, 30 mars 1916, *DP* 1916.III.25 ; *S.* 1916.III.17, note M. Hauriou.

considération le temps et les circonstances afin de réviser la convention des parties et d'y adjoindre des clauses nouvelles en substituant les clauses librement acceptées par les parties sur le fondement du principe de la force obligatoire des conventions. Depuis cet arrêt, la position de refus des juges judiciaires de modifier la convention des parties à raison d'un changement de circonstances économiques restait inchangée sur le principe⁷²⁶, même s'ils avaient assoupli la rigueur de leur position. Par exemple, les magistrats s'étaient octroyés le pouvoir de réduire la rémunération de certaines prestations⁷²⁷. De plus, ils imposaient parfois aux parties une obligation de renégocier, sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté contractuelle⁷²⁸, voire imposaient une solution en cas d'échec des négociations⁷²⁹, ou prononçaient la caducité de la convention à raison de la disparition de la cause lors de l'exécution du contrat⁷³⁰. Le législateur modifiait également parfois la convention des parties en leur imposant l'application immédiate de la loi aux contrats en cours, en prévoyant bien souvent des dispositions transitoires, comme en matière de contrat d'assurance ou de contrat de travail.

304. En réalité, la meilleure manière pour les parties de réviser leurs contrats en cours d'exécution consistait à prévoir une telle possibilité au moment de leur engagement. Comme l'énonce le Doyen Hauriou, « *le contrat est l'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »⁷³¹. Le déséquilibre survenant après la conclusion du contrat s'expliquait par un défaut de prévision⁷³². C'est pourquoi la pratique a intégré dans les contrats une série de clauses aux fins d'adaptation des contrats aux circonstances nouvelles. Deux typologies de clauses étaient alors apparues selon que l'adaptation du contrat se

⁷²⁶ Par exemple, V. notamment Cass. com., 19 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n°339 ; *JCP* 1980.IV.85 ; *RTD civ.* 1980.780, obs. G. Cornu.

⁷²⁷ Cass. 23 mai 1974, *Bull. civ.* IV, n°153 ; Cass. 1^{er} civ., 24 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n°339 ; *JCP éd. G* 1994.IV.256 ; *Contrats, conc., consom.* 1994, n°21, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1994.631, note P.-Y. Gautier.

⁷²⁸ V. notamment : Cass. com., 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°338 ; *RTD civ.* 1993.124, obs., J. Mestre ; *JCP éd. G* 1993.II.22614, note G. Virsassamy ; *Deffrénois* 1993, art. 35663, p. 1377, note J.-J. Aubert ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n°277 ; *Deffrénois* 1999, art. 36953, p. 371, note D. Mazeaud ; *JCP éd. G* 1999.II.10210, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1998.98, obs. J. Mestre.

⁷²⁹ Paris, 28 déc. 1976, *JCP éd. G* 1978.II.18810, note J. Robert ; rappr. TGI Paris, 16 nov. 1998 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.789, note J.-C. Fourgoux ; *RTD civ.* 1990.275, obs. J. Mestre.

⁷³⁰ Cass. 1^{er} civ., 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°29 ; Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010.2481.

⁷³¹ M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd. 1910, p. 206.

⁷³² H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mél. Terré, Dalloz, 1999, p. 643, spéc. p.658.

révélaient⁷³³ ou non automatique⁷³⁴.

305. L'ordonnance du 10 février 2016⁷³⁵ a mis fin au refus de considérer la théorie de l'imprévision en droit civil français en prévoyant à l'article 1195 du Code civil⁷³⁶ deux étapes afin de renégocier le contrat suite à la survenance de circonstances imprévisibles après la conclusion du contrat. L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que : « *Si un changement de circonstances imprévisible(s) lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Ainsi, il est requis que le changement de circonstances imprévisibles rende l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie. L'appréciation de l'adverbe « *excessivement* » sera sujette à interprétation et il appartiendra aux tribunaux de l'appréhender. Dans cette hypothèse, la partie victime de ce changement pourra solliciter de son cocontractant une renégociation du contrat. A ce stade, l'apport de cet alinéa premier reste limité, puisque l'accord de l'autre partie pour modifier le contrat est bien évidemment possible⁷³⁷. L'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil prévoit alors l'hypothèse où les parties auraient refusé la renégociation ou celle-ci aurait échoué. Cet article confère au magistrat, d'un commun accord des parties, un pouvoir d'adapter le contrat : « *les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent,*

⁷³³ Les clauses de modification de plein droit de la convention concernent souvent la révision du prix. Les plus classiques sont les clauses de réévaluation forfaitaire par lesquelles « *les parties déterminent les modifications futures du contrat, indépendamment de l'évolution effective des circonstances* » et les clauses d'indexation par « *lesquelles les parties conviennent de faire varier le montant d'une obligation en fonction d'un élément convenu appelé indice* » (Lamy, *Droit du contrat, La modification de la loi contractuelle*, étude 348, 2015, n°348-11 et s.). La convention des parties est alors modifiée, en fonction de critères prédéterminés, et ce sans la manifestation de la volonté des parties.

⁷³⁴ En revanche, la manifestation de la volonté des parties ou d'un tiers est requise, lorsque les parties ont inséré dans leur convention des clauses de modification dites non automatiques. Ce type de clause oblige les parties à négocier de nouveau le contrat si les données essentielles à son équilibre viennent à changer, afin de le rééquilibrer. La clause la plus répandue est sans nul doute la clause de *hardship*, appelée aussi clause de sauvegarde ou clause de révision. Un auteur a défini cette clause comme « *celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement est intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« hardship ») injuste* » (B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 et s., spé. p. 797). Développées dans un premier temps dans les contrats internationaux, ces clauses ont fait ensuite leur apparition dans les contrats internes. Elles imposent aux parties d'entrer en négociation aux fins de modification de leur convention, dès lors que survient l'événement imprévisible (modification législative, hausse du prix des matières premières de plus de X %, conflit social, etc.). Pour ce faire, il est nécessaire que les circonstances donnant lieu à l'application de cette clause aient été dûment précisées et qu'un changement substantiel affecte le contrat.

⁷³⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷³⁶ C.-E. Bucher, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats, conc., consom.* n°5, mai 2016, dossier 6.

⁷³⁷ C. civ., art. 1193 ; C. civ., ancien art. 1134 al. 2.

ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie réviser, le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». La réforme du 10 février 2016⁷³⁸ s'est évertuée à restreindre la théorie de l'imprévision en consacrant une clause de *hardship* implicite et en généralisant les obligations de bonne foi. Elle a également augmenté les pouvoirs du juge.

Toutefois, si l'intention du législateur est louable, il n'en demeure pas moins que l'adaptation du contrat, sur le fondement du droit commun, n'est pas automatique. L'insertion de clauses de *hardship* ou l'application de l'article 1195 du Code civil font nécessairement intervenir les parties ou un juge. La phase de renégociation du contrat pourrait donc s'avérer longue et contraignante, si bien qu'il serait opportun de stipuler, dans l'engagement des parties, une obligation disjonctive.

§ 2 : Le recours aux obligations disjonctives comme palliatif aux circonstances imprévisibles

306. Si les clauses de modification du contrat constituent un moyen d'aménager le contrat à raison de la survenance d'événements imprévisibles, elles ne sont cependant pas efficaces, dans la mesure où soit elles ne couvrent qu'une partie du risque soit elles nécessitent la mise en œuvre d'une procédure lourde. D'une part, les clauses de modification automatique de la convention ne prennent souvent en compte qu'une partie des risques, soit le plus souvent les risques monétaires, introduisent un élément d'incertitude, ne permettent pas de substituer la disparition de l'indice et conduisent à une absence de souplesse contractuelle⁷³⁹. D'autre part, les clauses de *hardship* contribuent à aménager ou à réduire ces inconvénients en raison notamment de leur généralité. Cela étant, elles mettent souvent en place une rigoureuse et longue procédure afin d'aboutir à une éventuelle adaptation du contrat : notification de la partie qui subit l'événement à l'autre partie selon le respect des stipulations contractuelles, interprétation du caractère avéré par l'autre partie de la réalisation de cet événement, délai de renégociation, suspension possible du contrat, etc. Telle est également l'hypothèse de l'application de l'article 1195 alinéa 1^{er} *in fine* du Code civil. La demande de révision ne

⁷³⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷³⁹ L. Chedly, « La clause de *hardship* : un difficile équilibre entre le juste et l'utile », *RD aff. Int.* n°1-2010, p. 87.

suspend pas l'exécution du contrat, sauf stipulation expresse⁷⁴⁰, de sorte que la partie souhaitant renégocier le contrat continuera d'exécuter ses obligations durant cette phase de renégociation. Si les parties sont contraintes par leur volonté d'entrer en négociation, elles ne sont, en revanche, pas tenues d'aboutir à une révision de leur contrat. Cette procédure présente alors un caractère aléatoire, au sens où les renégociations peuvent échouer. L'inconvénient principal de ces clauses réside dans le fait qu'en cas d'échec des négociations, le contrat continue de produire ses effets aux conditions initiales. Aussi, les parties ont pu stipuler qu'en cas d'échec des négociations, le contrat sera résilié soit de plein droit soit par intervention du juge. L'article 1195 alinéa 2 du Code civil prévoit, quant à lui, la possibilité pour une partie de demander au juge la révision, la résolution ou la résiliation du contrat, dans cette hypothèse. Autant dire que si ces mécanismes ont des mérites certains, ils ne sont pas d'une grande automaticité et d'une grande efficacité. En outre, ils font intervenir le juge dans le contrat.

307. « *Le plus souvent, l'adaptation concerne simplement une obligation du contrat qu'elle va transformer* »⁷⁴¹. En réalité, il convient d'agir directement sur l'obligation et plus précisément sur son objet. La procédure d'adaptation de l'objet de l'obligation aura alors des effets sur l'ensemble du contrat. Dès lors, la stipulation d'obligations disjonctives au moment de l'engagement des parties présente tout son intérêt. A travers la pluralité d'objets au sein d'une même obligation, les parties peuvent prévoir à l'avance le contenu de l'adaptation de leur obligation et *ipso facto* de leur contrat. Avant ou simultanément à l'exécution de son obligation, « *le titulaire du choix pourra utiliser au mieux de ses intérêts le temps en adaptant l'objet de son obligation aux circonstances du jour de son exécution* »⁷⁴². Les parties peuvent, ainsi, s'accorder sur un choix dans l'exécution des prestations afin notamment de prendre en compte la survenance d'événements entre le moment de la conclusion de leur engagement et celui de son exécution, le tout dans le dessein de réaliser l'opération économique initialement convenue. Le recours à cette modalité de l'obligation présente les vertus de sa simplicité de mise en œuvre et de sa souplesse. Nul n'est besoin de demander le consentement de l'autre partie, de respecter scrupuleusement la stipulation contractuelle prévue à cet effet ou de faire intervenir un tiers et notamment un juge dans le contrat. L'accord initial permet de déterminer

⁷⁴⁰ C. Asfar Cazenave, « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux », *RLDC* 2014, p. 91.

⁷⁴¹ R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983.1.

⁷⁴² R. Fabre, *op. et loc. cit.*

objectivement les modalités d'exécution de l'un des objets de l'obligation. Les parties détermineront elles-mêmes l'avenir de leur contrat. Le créancier sera indifféremment satisfait par la réalisation de l'un quelconque des objets de l'obligation considérés par les parties comme fongibles. Alors que la clause de *hardship* et l'application du droit commun peuvent entraîner des difficultés d'application, d'interprétation, d'appréciation et donc de l'insécurité juridique⁷⁴³, l'obligation disjonctive réduit considérablement ces risques, sur le fondement de la force obligatoire des contrats. Elle produit également un effet instantané et automatique de modification et de pérennité du contrat et permet de préserver l'engagement des parties de l'intervention d'un juge dans leur accord.

Le choix accorde aux parties une flexibilité contractuelle si bien qu'il permet à l'obligation disjonctive de remplir des fonctions multiples parfois même contradictoires : sauvegarde de la relation contractuelle, spéculation, garantie, etc. L'obligation disjonctive constitue une modalité fonctionnelle de l'obligation. Il est donc erroné de considérer que son fondement se réduirait à une seule fonction de garantie ou de spéculation. Nous avons d'ailleurs constaté son utilisation tant en droit civil qu'en droit des affaires et avons mis en exergue que la multiplicité des fonctions de l'obligation disjonctive postule encore un plus large rayonnement.

⁷⁴³ L. Chedly, *op. et loc. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE

En l'absence actuelle de notoriété, l'obligation disjonctive se révèle usitée dans certains mécanismes de droit civil et de droit des affaires. En toutes hypothèses, elle n'est pas consciemment prévue lors de la rédaction d'un contrat. Nous avons une illustration de son application, notamment dans un contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital. Au demeurant, elle existe et rayonne en marge de son contenant. Le choix confère à l'obligation disjonctive une plasticité, une liberté contractuelle inédite concernant le mode d'exécution d'une obligation. Il est étonnant que cette plasticité soit méconnue des praticiens, alors que l'obligation disjonctive peut être utilisée à de multiples finalités.

En agissant sur le facteur temps de l'obligation, ce mécanisme ne remplit pas seulement une fonction de garantie, comme ce fut le cas au 19^{ème} ou 20^{ème} siècle, même s'il peut de manière opportune apporter flexibilité et garantie au créancier à raison de sa pluralité de prestations au moment de la conclusion ou de la mise en œuvre de la garantie. Cette fonction de garantie peut se multiplier, lorsque l'obligation alternative est accouplée à une sûreté. L'obligation disjonctive peut également jouer des fonctions de spéculation ou d'anticipation des bouleversements économiques entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation. Elle se révèle être plus adéquate qu'une clause de *hardship* ou l'application de l'article 1195 du Code civil afin de modifier le contrat en cours d'exécution, suite à la survenance de circonstances imprévisibles rendant le contrat excessivement onéreux. En outre, elle permet de spéculer, au regard de l'écoulement du temps, en permettant au bénéficiaire du choix d'opter en toute connaissance de cause.

En raison de sa flexibilité, l'obligation disjonctive s'adapte à la finalité de l'opération économique voulue par les parties. Elle doit indéniablement aspirer à de nouvelles utilisations au regard de la finalité voulue par les parties et transcender les rédacteurs d'actes. En perpétuelle évolution, le monde des affaires doit puiser dans cette technique du régime général des obligations afin de rendre plus efficaces les opérations économiques.

Chapitre 2 : L'exercice indispensable du choix

La phase d'incertitude engendrée par l'écoulement du temps entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation requiert que le choix soit exercé par son titulaire, sous peine de porter atteinte à la sécurité juridique des transactions et à l'intérêt des tiers. L'exercice du choix se révèle être une nécessité pratique afin de permettre l'exécution de l'obligation et la réalisation de l'opération économique souhaitée par les parties. L'absence d'exercice du choix peut, ainsi, venir fragiliser le mécanisme de l'obligation disjonctive. L'ordonnance du 10 février 2016 a neutralisé cette fragilité par l'adoption d'un régime juridique approprié (Section 1) si bien que le choix peut être plus aisément exercé, sous réserve de respecter certaines conditions formelles relativement souples (Section 2).

Section 1 : L'absence de choix, une fragilité désormais neutralisée

Le concept même d'obligation disjonctive nécessite un choix, même tacite, afin que ses effets puissent se produire. L'absence de choix peut être voulue, à savoir le titulaire du choix ne veut pas l'exercer (Sous-Section 1). Elle peut aussi être induite par la faute du débiteur ou la survenance d'un cas de force majeure (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Une absence réelle de volonté d'exercer le choix

Le mécanisme de l'obligation disjonctive requiert que l'une des parties exerce le choix dont elle dispose afin que le mode d'exécution de l'obligation soit connu et que l'obligation disjonctive puisse être exécutée. L'absence de choix n'a pas le même impact en fonction de la typologie de l'obligation disjonctive. Alors que l'obligation facultative doit être exécutée comme une obligation pure et simple (§1), l'absence d'exercice du choix vient perturber l'exécution de l'obligation alternative mais sans paralyser sa mise en œuvre (§2).

§ 1 : L'exécution pure et simple de l'obligation facultative

308. Dans la mesure où seule l'une des deux prestations objet de l'obligation facultative est *in obligatione*, l'absence d'exercice du droit facultatif par le débiteur ne vient pas neutraliser l'exécution de l'obligation facultative. Bien qu'objet de l'obligation, le droit facultatif n'est qu'un moyen subsidiaire de libération du débiteur. En l'absence d'exercice de ce droit, la prestation principale objet de l'obligation doit être exécutée par le débiteur. « *En effet, si la prestation accessoire n'est pas accomplie, l'obligation facultative n'est pas payée, ce dont il résulte que la prestation principale (...) demeure nécessairement exigible* »⁷⁴⁴. Si le débiteur ne l'exécute pas, il devient défaillant dans le cadre de l'exécution de son obligation, à l'instar d'une inexécution contractuelle classique⁷⁴⁵. L'absence d'exercice de ce droit dans le délai convenu ou l'exécution de l'obligation principale signifie que le débiteur ne souhaite pas mettre en œuvre sa *facultas solutionis*, laquelle disparaîtra. L'obligation du débiteur deviendra alors pure et simple. Telle est l'hypothèse de la donation facultative utilisée par une personne physique, chef d'entreprise et associé majoritaire, souhaitant transmettre, dans le cadre bien souvent d'un départ à la retraite, tout ou partie de ses titres sociaux à un ou plusieurs de ses enfants⁷⁴⁶. Elle permet au chef d'entreprise de conserver la possibilité de récupérer ses titres sociaux en leur substituant des liquidités, soit pour le cas où l'un des enfants bloquerait le fonctionnement de la société ou ne serait pas capable de gérer celle-ci, soit si lui-même décidait finalement à céder son entreprise à un tiers. Désirant transférer les actions à ses enfants, le chef d'entreprise peut ne pas exercer son droit facultatif et réaliser cette donation.

La nature de l'obligation facultative implique que l'absence d'exercice du droit facultatif ne perturbe pas son exécution. En revanche, l'absence d'exercice du choix inhérent à l'obligation alternative serait plus problématique, puisque les prestations sont toutes *in obligatione*. Sous le Code civil de 1804, elle entraînait un blocage concernant l'exécution de cette obligation. Cette faiblesse a été corrigée par l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁴⁷ relative notamment à la réforme du régime général des obligations.

⁷⁴⁴ J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd. 2013, n°245.

⁷⁴⁵ V. infra n°466.

⁷⁴⁶ X. Bouché et X. Guédé, « Les donations optionnelles englobent les donations alternatives et facultatives », *JCP éd. N* 2002.49 ; H. Lécuyer, « Observations sur les donations alternative et facultative », *Dr. Famille* avr. 1999, p.4 ; R. Gentilhomme, « Les donations complexes », *JCP éd. N* 2006.1353 ; F. Lejeune, « Donations facultatives : une souplesse adaptée à un monde qui change », *Dr. et patr.* 2008, n°170, p. 22-23 ; X. Boutiron, « Les donations alternatives et facultatives », *Dr. et patr.* 2008, n°174, p. 64-68.

⁷⁴⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

§ 2 : La perturbation neutralisée de l'exécution de l'obligation alternative par l'absence de choix

Le régime juridique de l'obligation alternative, tel que prévu par le Code civil de 1804, ne prévoyait pas de remède concernant l'absence d'exercice du choix, si bien que l'exécution de l'obligation alternative était bloquée (A). A l'appui de propositions doctrinales, les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁴⁸ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations permettent de vaincre cette absence en transférant notamment le choix à l'autre partie (B).

A) Une situation initiale de blocage de l'obligation alternative en l'absence de choix

309. Le droit d'option issu de l'obligation alternative implique une nécessité d'opter afin de mettre fin à l'incertitude relative à l'objet de l'obligation à exécuter. Le titulaire du choix, qu'il soit débiteur ou créancier, doit se prononcer sur la prestation à réaliser. « *Celle des parties, le débiteur ou le créancier, à qui le choix appartient, ne saurait s'en faire un moyen pour empêcher ou retarder, au préjudice de l'autre partie, l'exécution de l'obligation* »⁷⁴⁹. Sans cette expression, l'exécution de l'obligation alternative est paralysée. Le régime juridique de l'obligation alternative, tel qu'issu du Code civil de 1804, n'avait pas prévu de disposition relative à l'absence d'exercice du droit d'option. La doctrine ne s'est pas non plus beaucoup intéressée à cette question. Le mutisme observé par le titulaire du choix - débiteur ou créancier - paralysait l'exécution de l'obligation alternative⁷⁵⁰.

310. L'envoi d'une mise en demeure au titulaire du choix lui sommant de se prononcer pouvait constituer une première démarche mais celle-ci se révélait insuffisante en cas d'abstention de ce dernier. Aussi, lorsque le choix était dévolu au créancier, le débiteur ne pouvait pas faire jouer le mécanisme, quoi que lourd, des offres réelles suivies de consignation⁷⁵¹, puisque l'objet de l'obligation n'était pas déterminé et qu'il ne bénéficiait pas de ce choix.

⁷⁴⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷⁴⁹ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°39.

⁷⁵⁰ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9 ; Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°41 ; M. Mignot, *J.-Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, 2016, n°63.

⁷⁵¹ *V. C. civ.*, anc. art. 1257 à 1264.

311. Nous pouvons alors nous interroger sur la possibilité pour un créancier du débiteur titulaire du choix d'exercer, sur le fondement du droit commun, une action oblique relativement au droit d'option de l'obligation alternative⁷⁵². Offerte par le législateur afin de protéger le droit de gage général des créanciers, cette action permet au créancier d'exercer les droits et actions de nature patrimoniale de son débiteur négligent ou inactif, sous réserve que ces droits ou actions ne soient pas exclusivement attachés à sa personne. La question de savoir si le choix inhérent à l'obligation disjonctive pouvait être exercé par l'action oblique n'a, semble-t-il, pas été tranché par la jurisprudence et a donné lieu successivement à débats doctrinaux. Le premier débat a concerné la distinction entre les options et les facultés au terme duquel il avait été admis que les facultés ne pouvaient pas être exercées par l'action oblique, dans la mesure où elles ne « *sont que simples expectatives qui peuvent permettre au débiteur de créer une nouvelle situation juridique, création dans laquelle sa part de volonté apparaît si primordiale qu'il serait excessif de placer la décision entre les mains d'un créancier* »⁷⁵³. Les options ne pouvaient être exercées par le biais de cette action que si elles tendaient à porter sur un droit déjà né et présent dans le patrimoine du débiteur. Dans cette hypothèse, l'exercice de l'action oblique semblait possible, dans la mesure où la situation juridique était née. Au regard de l'absence de clarté de cette distinction, la doctrine a préféré distinguer en fonction de savoir si l'option devait être considérée comme attachée ou non à la personne du débiteur⁷⁵⁴. La doctrine s'accorde, de nos jours⁷⁵⁵, à considérer comme attachés à la personne les droits et actions nécessitant une appréciation personnelle d'ordre moral de son titulaire. Dans une première approche, il ne semble pas que le choix issu de l'obligation disjonctive soit exclusivement rattaché à la personne du débiteur⁷⁵⁶. En réalité, au contraire

⁷⁵² C. civ., art. 1341-1. Pour plus de développements sur l'action oblique, V. notamment : L. Bosc, *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur (actions indirectes et actions directes)*, thèse Aix, 1902 ; P. Delnoy, *Pour une vision nouvelle de l'action oblique*, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1969, p. 437 ; S.-W. Oh, *Action oblique en droits français et coréen*, thèse Paris I, 2002 ; F. Gréau, *Rép. Civ. Dalloz*, V° *Action oblique*, 2016 ; V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *Rev. rech. jur. Droit prospectif* 2002, p. 1835 ; Labbé, « De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier », *Rev. crit. de législ. et de jurispr.* 1856, p. 208 ; W. Dross, J.-Cl. civ., art. 1166, 2016 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1141 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°849 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°1149 et s.

⁷⁵³ F. Gréau, *op. cit.*, n°38.

⁷⁵⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1143 et 1144 ; J. Ghestin, M. Biliau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°766.

⁷⁵⁵ F. Gréau, *op. cit.*, n°43 ; J. Ghestin, M. Biliau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°768 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1144. Précisons qu'avant d'opter pour le caractère moral, les critères de l'intransmissibilité et de l'incessibilité du droit ont été mis en exergue par une partie de la doctrine et agréés par la jurisprudence.

⁷⁵⁶ V. supra, n°246.

d'un auteur⁷⁵⁷, nous estimons qu'il convient d'analyser dans chaque situation où est stipulée l'obligation alternative si elle implique des considérations d'ordre moral ou familial du titulaire du débiteur. Par exemple, tel pourrait être le cas d'une donation alternative ou d'une donation facultative. En revanche, aucune considération morale ne semble exister dans le choix relatif à l'exécution de prestations résultant d'une vente alternative. Il appartenait alors aux juges du fond d'analyser au cas par cas le caractère *intuitu personae* du choix afin de pouvoir mettre en œuvre l'action oblique. Le créancier demandeur devait alors réunir les conditions propres à l'exercice de cette action. Outre l'insolvabilité du débiteur⁷⁵⁸ (ou simplement une menace d'insolvabilité) ou la mise en péril de sa créance⁷⁵⁹ (certaine, liquide et exigible), il convenait de prouver l'inaction ou la négligence du débiteur, afin de justifier l'immixtion du créancier dans le patrimoine de son débiteur. Au cas de l'obligation alternative, l'hypothèse d'exercer une action oblique apparaît restreinte au créancier du créancier de l'obligation alternative, titulaire du choix. Le créancier du débiteur de l'obligation alternative ne semble pas pouvoir mettre en œuvre le choix, dans la mesure où le droit d'option est dans le patrimoine de ce dernier et non dans celui de son débiteur. Si cette action est admise, elle postule l'exercice du droit d'option par le créancier demandeur au nom du débiteur mais pour le compte de l'ensemble des créanciers. Elle emporte alors réintégration dans le patrimoine du créancier de la prestation réalisée par le débiteur (somme d'argent, corps certain, etc.). Dès lors, en l'absence d'attribution préférentielle au créancier demandeur, il est requis que ce dernier diligente une autre action afin de percevoir son dû.

312. Il avait été alors proposé, par une partie de la doctrine⁷⁶⁰, de vaincre la passivité du titulaire du choix résultant de l'obligation alternative par le recours au juge, afin de le contraindre sous astreinte à trancher ou à se substituer à lui dans l'exercice du droit d'option. C'est notamment en ce sens que Planiol et Ripert se prononçaient : « *si le débiteur en refusant d'exercer le choix empêche l'exécution de l'obligation, le juge pourra, sur la demande, du créancier, fixer un délai, passé lequel, si le débiteur ne s'est pas prononcé, il choisira lui-même* »⁷⁶¹. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas suivi cette proposition⁷⁶². Dans un arrêt rendu

⁷⁵⁷ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse Paris, 1967, n°216.

⁷⁵⁸ Cass. 1^{er} civ., 7 févr. 1966, *Bull. civ.* I, n°88.

⁷⁵⁹ Par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Bull. civ.* I, n°145.

⁷⁶⁰ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°39 ; G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. II, 3^{ème} éd. 1907, p. 223.

⁷⁶¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, 1954, n°1049.

par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 4 juillet 1968⁷⁶³, la Cour de cassation a clairement refusé de se substituer au titulaire du choix défaillant : « *le juge ne peut, dans les rapports contractuels, se substituer aux parties, pour l'exercer en leur nom, une option qu'elles se sont réservées (...)* ». Ainsi, le juge ne peut exercer le choix et opter pour l'une ou l'autre branche de l'obligation. En l'espèce, il ne pouvait pas déterminer le prix définitif de l'acquisition d'un immeuble en optant pour un prix indexé sur le coût de la construction ou un prix supérieur dont le montant était fixé. Ainsi, en ne choisissant pas à la place du titulaire du choix, il n'ordonne pas corrélativement la vente judiciaire de cet immeuble. Le magistrat ne peut que condamner le bénéficiaire du choix à réparer le dommage subi par son cocontractant en le condamnant à des dommages-intérêts et résoudre le contrat pour inexécution. Madame Gebler⁷⁶⁴ a approuvé cette jurisprudence en retenant que l'exercice de l'option était une obligation de faire, laquelle ne pouvait être sanctionnée que par des dommages-intérêts, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil. Si sur le fondement du droit commun, la solution se justifierait, elle ne semble, cependant, pas en adéquation avec le mécanisme de l'obligation disjonctive postulant d'une flexibilité et d'une efficacité de l'opération économique voulues par les parties. L'inertie du titulaire du choix ne saurait nuire à l'autre partie, laquelle s'attend à ce que l'une des deux branches de l'obligation soit déterminée. Admettre la résolution du contrat favorise le titulaire récalcitrant et préjudicie aux droits de l'autre partie, le jeu des restitutions en nature devant alors s'opérer. Certes, des dommages-intérêts seront octroyés à celle-ci mais elle ne saurait être satisfaite de l'absence de réception de son dû. Dans ce cas, l'obligation alternative n'était clairement pas efficace et ne se distinguait nullement du droit commun.

L'absence d'exercice du choix par son titulaire était une fragilité du régime juridique posé par les dispositions du Code civil de 1804. C'est pourquoi des auteurs ont proposé, dans cette situation, de transférer le choix à l'autre partie, ce que n'a pas manqué de retenir opportunément la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 10 février 2016⁷⁶⁵ à l'article 1307-1 alinéa 2 du Code civil.

⁷⁶² Cette proposition n'est pas éloignée de l'action interrogatoire, instaurée par l'ordonnance du 10 février 2016 concernant l'existence d'un pacte de préférence, l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel avec lequel un acte va être conclu et l'intention de l'un des contractants de se prévaloir de la nullité du contrat.

⁷⁶³ Cass. 3^e civ., 4 juill. 1968, *Bull. civ.* III, n°325 : cet arrêt a été rendu à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 juin 1964, *JCP éd. G.II.1965.14135*, note B. Boccara.

⁷⁶⁴ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

⁷⁶⁵ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

B) Le transfert bienveillant du droit d'option à l'autre partie

313. Afin de vaincre la passivité du titulaire du droit d'option, des auteurs⁷⁶⁶ avaient proposé que les juges décident du transfert du droit d'option à l'autre partie, en cas de silence de l'engagement des parties. Toutefois, dans l'arrêt précité du 4 juillet 1968⁷⁶⁷, la Cour de cassation a (également) refusé de consacrer ce remède : « *le juge ne peut (...) autoriser le contractant, qui n'avait pas ce droit d'après la convention, à opérer le choix à la place de la partie défaillante* ». Selon les magistrats, seule la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts étaient possibles. Une nouvelle fois, cette solution n'emporte pas l'adhésion, puisqu'elle favorise le refus du titulaire du choix et ne permet pas l'exécution de l'obligation. Dans la mesure où les prestations objets de l'obligation ont été convenues *ab initio* par les parties, il paraît légitime de prononcer la déchéance du droit d'option et de l'octroyer à l'autre partie. Le titulaire du droit d'option ne saurait se plaindre de cette dérogation à la convention des parties, puisque cette dérogation résulte de sa propre inaction⁷⁶⁸. L'autre partie paraît habilitée à choisir l'une des branches de l'obligation afin de permettre la réalisation de l'opération économique voulue communément par les parties et conséquemment la sauvegarde du lien contractuel. De plus, lorsque c'est le créancier qui dispose du droit d'option, son mutisme ne décharge pas son débiteur de préserver l'ensemble des prestations, dont les risques sont mis à sa charge. Sauf stipulation contraire, le droit d'option ne présentant pas un caractère *intuitu personae*⁷⁶⁹, l'autre partie pourra aisément l'exercer.

314. L'économie même de l'obligation alternative mène à ce transfert afin de vaincre l'obstruction du contractant quant à la détermination de l'objet de l'obligation à exécuter. Sous l'inspiration ou sous l'impulsion de l'article 7 : 105 des Principes du droit européen du contrat⁷⁷⁰, les projets de réforme du Code civil ont proposé à l'unisson de modifier cet aspect du régime juridique de l'obligation alternative dans le sens de conférer le choix à l'autre

⁷⁶⁶ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°39 ; B. Boccara, *op. cit.*, sous l'arrêt de la Cour d'appel Paris, 29 juin 1964.

⁷⁶⁷ Cass. 3^e civ., 4 juill. 1968, préc.

⁷⁶⁸ M.-L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. III, art. 1101 à 1386, art. 1192, 1885, p. 520.

⁷⁶⁹ V. supra n°311.

⁷⁷⁰ Art. 7 : 105 : « (1) Lorsque le débiteur peut se libérer par l'une de plusieurs prestations alternatives, le choix lui appartient, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

(2) Si la partie à qui revient le choix ne l'a pas arrêté dans le délai fixé par le contrat,

(a) si le délai est fondamental, le droit de choisir passe à l'autre partie,

(b) si le délai n'est pas fondamental, l'autre partie peut procéder à une notification qui impartit un délai supplémentaire de durée raisonnable au cours duquel la partie doit arrêter son choix. Si elle ne le fait, le droit de choisir passe à l'autre ».

partie ou de lui permettre de résoudre le contrat, et ce après une mise en demeure adressée au titulaire du choix. Au contraire des deux textes de la Chancellerie, l'avant-projet Catala n'était pas allé jusqu'à permettre à l'autre cocontractant d'exercer le choix ou de résoudre le contrat. L'article 1307-1 alinéa 2 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁷¹ prévoit que : « *si le choix n'est pas exercé en temps voulu ou dans un délai raisonnable*⁷⁷², *l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat* ». L'octroi de dommages-intérêts n'est pas prévu par cet article mais il ne fait guère de doute que le droit commun s'appliquera. Cet article nous semble adéquat, puisqu'avant de transférer le choix, une mise en demeure devra être envoyée au titulaire récalcitrant. La notion de délai raisonnable pourrait être sujette à appréciation et à interprétation. Toutefois, par analogie avec la jurisprudence relative aux offres⁷⁷³, elle devrait être interprétée d'après les circonstances et l'intention des parties. La prise en compte par le gouvernement de cette situation dans le régime juridique de l'obligation alternative est tout à fait opportune, dans la mesure où elle prend (désormais) en considération le concept même d'obligation alternative et met fin à une faiblesse de son régime. Le régime juridique de l'obligation s'en trouve alors affermi⁷⁷⁴. Aussi, elle ne permet pas au titulaire du choix récalcitrant d'échapper à ses obligations et donne toute sa force à la loi des parties. Enfin, elle a le mérite de ne pas permettre l'immixtion du juge dans le choix des branches de l'obligation alternative.

315. Par ailleurs, nous pouvons préciser que les parties peuvent également convenir d'un choix automatique d'une prestation déterminée en cas de passivité du titulaire du choix. Par exemple, dans un contrat d'émission d'obligations convertibles en actions, il est souvent prévu qu'en l'absence d'exercice par le souscripteur de son droit de conversion avant un délai prédéterminé, les obligations seront remboursées en numéraire. Cette stipulation permet de vaincre plus efficacement le silence du titulaire du choix.

Le silence du titulaire du droit d'option est désormais résolu par un transfert du choix à l'autre partie, postérieurement à l'envoi d'une mise en demeure. L'absence de choix peut résulter du silence du débiteur mais aussi d'une faute ou de la survenance d'un cas de force majeure.

⁷⁷¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷⁷² Le Gouvernement s'est sans doute inspiré des dispositions applicables à l'offre ou à la promesse unilatérale de vente consentie sans délai.

⁷⁷³ V. par exemple, Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, *D.* 1993.493, note G. Virassamy.

⁷⁷⁴ A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets : consécration et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

Sous-Section 2 : Une absence fautive ou fortuite de choix entre les prestations

Dans l'hypothèse où l'une des prestations de l'obligation disjonctive venait à disparaître avant l'exercice du choix, le choix s'en trouverait nécessairement impacté. La modalité disjonctive de l'obligation serait même atteinte. Les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient consacré trois articles au sujet du sort de l'obligation alternative en cas de disparition de l'une ou de plusieurs prestations. A propos de ces articles, la doctrine a mis en exergue le fait que ces dispositions n'étaient qu'une reprise de la théorie des risques connue du droit commun. Nous pouvons notamment lire sous la plume de Planiol et Ripert que : « *la loi a traité dans les articles 1193 à 1195 avec un véritable luxe de détails, la question dépourvue d'utilité pratique des risques dans les obligations alternatives* »⁷⁷⁵. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016⁷⁷⁶, à travers les nouveaux articles 1307-2 à 1307-5 et 1308 alinéa 2 du Code civil, a préféré utiliser la notion d'impossibilité afin d'envisager les risques en matière d'obligation disjonctive, ce qui n'est pas sans créer une certaine confusion. L'impossibilité semble viser l'événement affectant la prestation entre le moment de sa naissance et l'exercice du choix à raison d'une faute du débiteur (§1) ou de la survenance d'un cas de force majeure (§2), c'est-à-dire avant que le choix ne soit connu. Eu égard à l'existence de plusieurs prestations *in obligatione* dans l'obligation alternative et d'une exclusivité du choix accordée au débiteur dans l'obligation facultative, la première modalité de l'obligation sera principalement analysée dans ces développements.

§ 1 : L'existence d'une faute du débiteur avant l'exercice du choix

Entre le moment de l'engagement des parties et la détermination de l'objet de l'obligation à réaliser, la charge des risques continue de peser sur le débiteur si bien qu'il doit veiller à la préservation des choses objets de l'obligation, telles que des corps certains. La notion de faute au sens des dispositions relatives à l'obligation disjonctive mérite d'être appréhendée (A) avant d'analyser le sort de l'obligation de réparation du débiteur, selon que le choix lui était ou non réservé (B).

⁷⁷⁵ M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1051.

⁷⁷⁶ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

A) La notion de faute dans l'obligation disjonctive : une privation de choix

316. Bien que la notion de faute ait disparu du nouveau régime juridique des obligations alternatives, il semble, cependant, qu'elle soit indirectement maintenue par une interprétation *a contrario* des dispositions du Code civil n'évoquant que le cas de force majeure pour libérer le débiteur de son obligation disjonctive. En l'absence de jurisprudence, il apparaît opportun de retenir la faute ou le fait du débiteur, entendu au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil, dans l'hypothèse où une prestation disparaîtrait à la suite d'un événement ne présentant pas les caractères de la force majeure⁷⁷⁷.

317. La difficulté est que, sous le régime juridique antérieur, cette notion de faute n'a pas été définie ni par le Code civil ni par la jurisprudence. Seuls quelques auteurs⁷⁷⁸ se sont intéressés à sa signification en matière d'obligation alternative en distinguant selon l'identité du titulaire du choix. Si le débiteur est titulaire du choix, la notion de faute demeure difficile à concevoir, car la disparition de l'une des prestations peut constituer une manière pour le débiteur d'exprimer son choix en faveur de l'autre prestation. Aussi, sauf stipulation contraire, en tant que propriétaire des choses, le débiteur demeure libre de les aliéner⁷⁷⁹. Le débiteur se prive, ainsi, lui-même du choix. Dans ce cadre, l'hypothèse qui semble la plus réaliste est celle où le débiteur aurait abusé de son choix⁷⁸⁰. Toutefois, si l'autre prestation venait par la suite à disparaître, la faute du débiteur serait alors prise en considération, à l'instar de l'hypothèse où le choix profite au créancier. Dans ce cadre, le débiteur ne peut pas faire disparaître (détruire, aliéner, etc.) les biens dont il serait propriétaire. La faute du débiteur se mesure alors à l'aune de la subsistance du concept de l'obligation alternative pour le créancier. Si le créancier est privé de l'ensemble des prestations dues ou du choix dont il est titulaire, le débiteur est fautif, à l'exclusion de l'apparition d'un cas de force majeure.

318. Si, lorsque le débiteur dispose du choix, il n'est pas tenu de conserver les deux choses jusqu'à son exercice, il en est différemment lorsque le choix incombe au créancier. L'indisponibilité des objets de l'obligation apparaît alors de fait. En réalité, la faute contractuelle consiste à priver le créancier de son choix pour n'avoir pas pu conserver les choses objets de l'obligation. Dès lors, la signification de faute au cas de l'obligation

⁷⁷⁷ Comme l'ont retenu les rédacteurs du Code civil de 1804.

⁷⁷⁸ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9. ; M.-J. Gébler, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁷⁹ V. supra n°157.

⁷⁸⁰ V. supra n°392 et s.

alternative s'entend de la privation du choix ou de l'impossibilité de bénéficier du choix pour le créancier. L'obligation de conserver les choses constitue davantage une obligation induite, contrairement à ce que pensait Laurent⁷⁸¹, sauf stipulations expresses contraires. C'est pourquoi l'origine de la privation du choix importe peu : aliénation volontaire ou non, faute d'imprudence, faute de négligence, etc. La faute doit inclure l'ensemble des cas ne présentant pas les critères de la force majeure⁷⁸², tels que l'impossibilité pour les héritiers d'aboutir à un choix communément décidé⁷⁸³. Cette définition *lato sensu* de la faute implique que l'absence de relativité de la faute contractuelle pourrait engager la responsabilité délictuelle du fautif⁷⁸⁴.

319. Que le choix soit stipulé au profit du débiteur ou du créancier, le mécanisme même de l'obligation alternative incite à prévoir, dans l'engagement des parties, une indisponibilité conventionnelle des biens objets de l'obligation de nature à interdire au débiteur d'effectuer tout acte de disposition sur ceux-ci le temps que le choix soit exercé. Outre son caractère temporaire, l'intérêt sérieux et légitime de cette indisponibilité paraît évident au stade de l'engagement des parties, afin de conférer au choix sa plénitude et d'accorder tout son sens et toute sa finalité à la stipulation d'une obligation disjonctive. Ainsi, entre le moment de l'engagement des parties et l'exercice du choix, les biens objets de l'obligation sont paralysés dans le patrimoine du débiteur. Ce dernier ne peut donc pas conclure d'actes de disposition, de destruction ou d'abandon⁷⁸⁵. Il serait d'ailleurs opportun que le Code civil consacre cette indisponibilité, car celle-ci est inhérente à l'efficacité du mécanisme de l'obligation alternative, et même de l'obligation facultative.

320. Si le Code civil et la doctrine se sont principalement focalisés sur la faute du débiteur, la faute du créancier demeure aussi envisageable. Comme le souligne Demolombe⁷⁸⁶, le créancier pourrait être en faute, dans l'hypothèse (purement théorique) où les risques de la chose auraient été transférés par la convention des parties sur ses épaules et le choix conféré au débiteur. Le débiteur pourrait opter pour la prestation n'existant plus si bien qu'il se trouverait libéré. En outre, si le débiteur choisit la prestation « survivante », il pourrait

⁷⁸¹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXXII, 3^{ème} éd. 1878, n°232.

⁷⁸² V. infra n°336 et s.

⁷⁸³ V. supra n°248 et s.

⁷⁸⁴ Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. ass. plén.*, n°9 ; *D.* 2006.2825, note G. Viney ; *JCP éd. G* 2006.II.10181, obs. M. Billiau ; *Resp. civ. et assur.* 2006, n°11, obs. L. Bloch ; *JCP éd. E* 2007.II.1000, obs. F. Auque ; *RLDC* 2007, n°34, note F. Brun ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n°12, note A. Reygobellet.

⁷⁸⁵ R. Marty, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 et 22 nov. 2000, n°15.

⁷⁸⁶ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°97.

également assigner son cocontractant en responsabilité en raison de la perte causée à l'autre chose, dont il est propriétaire. Si le créancier disposait d'une créance de somme d'argent, les créances du débiteur et du créancier se compenseront alors à hauteur de la valeur la plus petite⁷⁸⁷.

La faute en matière d'obligation disjonctive consiste à priver le titulaire du choix de pouvoir opter pour l'une des prestations comprises dans l'obligation. La faute du débiteur sera alors appréciée différemment selon l'identité du titulaire du choix.

B) Une réparation différenciée en fonction de l'identité du titulaire du choix

Si l'une des choses vient à périr en raison de la faute du débiteur, le sort de son obligation de réparation variera selon que le choix était réservé au débiteur ou au créancier. Si la prestation du choix paraît mesurée pour le débiteur, lorsqu'il est bénéficiaire du choix (1), les droits du créancier se trouvent fragilisés, lorsque le choix lui revient (2).

1) Une privation du choix mesurée pour le débiteur, bénéficiaire du choix

L'ancien article 1193 du Code civil distinguait selon qu'une chose (a) ou la totalité des choses disparaissait par la faute du débiteur (b). Bien que les nouveaux textes ne reprennent pas cette distinction, nous la suivrons aux fins d'étude de la disparition d'une chose par la faute du débiteur.

a) La disparition d'une chose en raison d'une faute du débiteur

321. La commission d'une faute émanant du débiteur avant l'exercice du choix peut surprendre, lorsque le choix lui est réservé. Quel intérêt aurait, en effet, le débiteur à se priver d'une telle flexibilité lors de l'exécution de son obligation ? En réalité, il convient de retenir la faute dans son acception large, qu'elle soit volontaire ou non (faute d'imprudence, de négligence, etc.)⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ V. Giscard, *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888, p. 75.

⁷⁸⁸ V. supra n°316 et s.

322. S'agissant de l'obligation facultative, la disparition de la prestation subsidiaire par la faute du débiteur prive seulement le débiteur d'une faveur et ne peut pas directement porter préjudice au créancier, puisque la prestation n'est pas due. Certes, le créancier voit une prestation disparaître et une chance en moins de se voir désintéressé. Mais, il ne peut se retourner contre le débiteur. En revanche, si la prestation principale vient à disparaître en raison de la faute du débiteur, ce dernier ne saurait être libéré. Le débiteur engagera sa responsabilité vis-à-vis du créancier et devrait être condamné à des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, la prestation subsidiaire ne pouvant être offerte ou demandée à sa place. Les magistrats devraient s'appuyer, dans cette perspective, sur la valeur de la prestation disparue, afin de déterminer le montant des dommages-intérêts.

323. Il pourrait être soutenu que la disparition d'une branche de l'obligation alternative en raison d'une faute du débiteur doit laisser subsister le prix de cette chose. Le créancier serait désintéressé par l'une quelconque des branches de l'obligation et non par une seule. Toutefois, l'ancien article 1193 alinéa 1 du Code civil disposait que : « *l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place* ». Cette position se révèle justifiée dans la mesure où la commission d'une faute par le débiteur ne saurait lui être profitable et lui octroyer un autre choix. La fourniture de la prestation restante se révèle également plus conforme à la volonté des parties⁷⁸⁹. De plus, la chose n'existant plus, elle n'est plus due⁷⁹⁰. La faute du débiteur n'engendre aucun préjudice au créancier, dans la mesure où il est dépourvu du choix et bénéficie de l'autre ou des autres prestations⁷⁹¹. Par sa faute, le débiteur s'est donc privé du choix. Le choix s'est porté sur l'autre prestation, ou le cas échéant, sur les autres prestations dans l'hypothèse où l'obligation serait composée de plus de deux prestations alternatives. Le mécanisme de l'obligation alternative aménage alors les règles de la responsabilité civile⁷⁹², au sens où le débiteur ne sera pas condamné à des dommages-intérêts à raison de la disparition de la chose. L'aménagement des règles de la responsabilité civile se révèle assez rare, tant il est plutôt usuel que ce soient les règles de la responsabilité civile qui aménagent, voire neutralisent,

⁷⁸⁹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 1^{ère} éd. 2013, n°14.

⁷⁹⁰ R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°250.

⁷⁹¹ F. Laurent, *op. cit.*, n°232.

⁷⁹² V. Perruchot-Triboulet, *Régime général des obligations et responsabilité civile*, thèse Aix-Marseille, 2002, n°145 et s.

celles du régime général des obligations⁷⁹³.

324. L'ordonnance du 10 février 2016⁷⁹⁴ portant réforme notamment du régime général des obligations n'a, de manière surprenante, pas repris explicitement l'obligation d'exécuter l'autre prestation. Les projets de réforme précédents (l'avant-projet Catala⁷⁹⁵ et le projet de la Chancellerie⁷⁹⁶) l'avaient prévue. Il convient, en réalité, d'interpréter *a contrario* le nouvel article 1307-2 du Code civil : si une prestation devient impossible à exécuter (pour un cas ne présentant pas les caractères de la force majeure), le débiteur demeure tenu de l'autre vis-à-vis de son créancier.

La réparation de la disparition d'une chose objet de l'obligation facultative par la faute du débiteur est fonction de savoir laquelle des prestations disparaît. S'agissant de l'obligation alternative, la disparition de l'une des prestations équivaut à la perte du droit d'option et à l'exercice du droit d'option par le débiteur *es* qualité de titulaire du choix. De même, il est regrettable que les nouvelles dispositions ne précisent pas clairement l'hypothèse où l'ensemble des choses disparaîtrait en raison de la faute du débiteur.

b) La disparition de l'ensemble des choses en raison d'une faute du débiteur

325. Eu égard à la pluralité de prestations au sein de l'obligation alternative, l'article 1193 alinéa 2 du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁷⁹⁷ prévoyait que : « *si toutes deux (choses promises) sont périées et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière* ». Les dispositions actuelles du Code civil ne se sont pas intéressées à cette hypothèse, même s'il pourrait être soutenu que l'article 1307-5 du Code civil doit être interprété *a contrario*. Il convient, dès lors, d'analyser les dispositions législatives passées. En réalité, deux cas sont à distinguer en fonction de l'ordre de survenance du fait à l'origine de la disparition des choses.

⁷⁹³ En ce sens, F. Gréau, « Régime général des obligations et responsabilité civile », *RLDC* 2014, 113.

⁷⁹⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁷⁹⁵ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala : cet avant-projet a été remis à la Chancellerie fin 2005, art. 1192.

⁷⁹⁶ Art. 172, Document de travail relatif à un avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013.

⁷⁹⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

326. D'une part, si la première chose a disparu en raison d'un cas de force majeure et la seconde par la faute du débiteur, l'application de cet article nous semble justifiée. La perte fortuite de la chose a pour effet de rendre l'obligation pure et simple. Dès lors, le débiteur doit s'acquitter du prix de la chose qui a disparu par sa faute.

327. D'autre part, si la première chose a disparu en raison de la faute du débiteur et la seconde par un cas de force majeure, le déroulement des événements à l'origine de la disparition des prestations est différent mais la solution posée par cet ancien article 1193 reste identique. Cette seconde situation a donné lieu à un débat doctrinal relatif au paiement du prix de la chose qui a péri en dernier. D'un côté, Pothier laissait entendre que le débiteur pourrait être libéré, en vertu de l'application de l'ancien article 1193 alinéa 1^{er} du Code civil, puisque l'exercice du droit d'option matérialisé par la faute du débiteur a permis de déterminer l'autre prestation à exécuter, mais détruite par un cas de force majeure. Cette position dénierait alors l'avantage conféré par l'obligation alternative au créancier, lequel ne serait pas satisfait et ne sanctionnerait pas la faute du débiteur. Aussi, pourquoi le débiteur devrait-il payer la dernière chose, alors que sa faute a été commise relativement à la première chose ? Quoi qu'il en soit, les auteurs⁷⁹⁸, selon les dispositions du Code civil de 1804, s'accordent sur le fait que le débiteur réponde de sa faute, dans la mesure où cela a constitué un préjudice au créancier. L'interrogation porte sur le point de savoir pourquoi dans cette hypothèse, le débiteur ne devrait pas payer le prix de la chose qui a péri par sa faute. « *Il n'y a pas, semble-t-il, de lien de causalité entre la faute du débiteur et la prestation sur laquelle seront calculés les dommages-intérêts* »⁷⁹⁹. Sur le fondement de l'équité, Pothier proposait que le débiteur soit tenu du paiement de la chose qui a péri par sa faute⁸⁰⁰. La doctrine⁸⁰¹ partageait son opinion, divergente de la position du Code civil de 1804. Laurent⁸⁰² a expliqué la position du Code civil par le fait qu'il est plus facile d'apprécier la valeur d'une chose qui vient de périr que celle qui a péri de manière plus lointaine. Monsieur Veaux⁸⁰³ énonçait que le créancier ne pouvant plus espérer que la seconde prestation, la valeur du préjudice qu'il subit du fait de cette seconde disparition devait être déterminée à l'aune de la valeur de cette prestation.

⁷⁹⁸ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°83 ; D. Veaux, *op. cit.*, n°53 ; F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1231.

⁷⁹⁹ D. Veaux, *op. cit.*, n°53.

⁸⁰⁰ R. Pothier, *op. cit.*, n°252.

⁸⁰¹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 7^{ème} éd. 1873, n°584 ; M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^{ème} éd. 1844, n°144.

⁸⁰² F. Laurent, *op. cit.*, n°232.

⁸⁰³ D. Veaux, *op. cit.*, n°53.

Aussi, le débiteur qui a détruit la première chose prend sur lui les risques de celle qui reste. Celle-ci ayant disparu, il est astreint à en payer sa valeur. Mourlon ne se rangeait, cependant, pas à cette opinion lorsque la chose qui a péri la dernière était d'une valeur moindre que la première. Il considérait que, comme le choix appartenait au débiteur, il devait pouvoir se libérer en versant le prix de la prestation qu'il souhaitait, donc certainement la plus faible.

328. L'article 1307-3 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 semble *prima facie* se détacher de la solution posée par l'article 1193 alinéa 2 du Code civil de 1804 afin de faire une application classique de la théorie des risques⁸⁰⁴. Si la première prestation disparaît par la faute du débiteur et la seconde par la survenance d'un cas de force majeure, le débiteur serait libéré de son obligation, à l'instar de l'hypothèse où le choix a été accompli⁸⁰⁵. Il est avancé qu'à défaut d'une disposition expresse au sein de cet article 1307-3, les dispositions relatives à la force majeure résultant du droit commun s'appliqueraient⁸⁰⁶. La solution du Code civil de 1804 serait alors abandonnée si bien que le débiteur serait, dans cette hypothèse, libéré. Toutefois, nous considérons que le débiteur ne doit pas être libéré de son obligation, dans la mesure où il est fautif de la disparition de l'une des prestations. Sa faute consiste en la disparition du choix entre plusieurs prestations. Bien évidemment, et le droit positif ne va pas en ce sens, le débiteur fautif ne serait disposé du choix entre payer la valeur de l'une ou l'autre prestation disparue. L'essence de l'obligation alternative s'accommoderait mal avec cette solution. Il pourrait sembler étrange que le débiteur supporte les risques tenant à la survenance d'un cas de force majeure et non à sa faute. Sur le fondement de la responsabilité contractuelle, le débiteur doit payer la valeur de la chose qui a péri par sa faute. Observons qu'en cas de faute du débiteur avant l'exercice du choix, la valeur des prestations doit être appréciée objectivement et non plus subjectivement, comme ce fut le cas au moment de la formation de l'obligation par les parties. En réalité, il est considéré que la chose disparue par la faute du débiteur continue d'être due de sorte que le prix de la chose demeure dû par le débiteur au créancier⁸⁰⁷. L'absence de libération du débiteur est corroborée par l'article 1307-5 du Code civil, lequel dispose que : « *lorsque des prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure* ». Cet article met clairement en exergue que la libération du débiteur n'intervient que

⁸⁰⁴ C. civ., art. 1218.

⁸⁰⁵ V. infra n°467.

⁸⁰⁶ A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets : consécrations et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

⁸⁰⁷ R. Pothier, *op. cit.*, n°251.

si toutes les prestations disparaissent par force majeure⁸⁰⁸. La présence entre virgules de « *pour chacune* » est explicite et insiste sur la totalité des prestations : si une prestation est impossible en l'absence de survenance d'un cas de force majeure, le débiteur ne sera pas libéré. En d'autres termes, le débiteur devra payer la prestation périée par sa faute. Cette position se révèle en adéquation avec le mécanisme même de l'obligation alternative. Il convient de rappeler que, dans l'hypothèse énoncée ci-dessus, le choix n'est pas exercé. Libérer le débiteur, avant l'exercice du choix, serait nier l'essence même de cette modalité alternative constituée par la flexibilité accordée aux parties dans le mode d'exécution de l'obligation et la sécurité juridique qu'elle crée. En outre, le Gouvernement n'aurait pas pris la peine de prévoir cet article 1307-5 du Code civil si l'application de l'article 1218 du Code civil relatif à la force majeure suffisait. Dans cette hypothèse, l'article 1307-5 du Code civil modifie le prix de la prestation due par le débiteur prévu par l'ancien article 1193 alinéa 2 du Code civil : le débiteur ne doit plus le prix de la prestation qui a péri en dernier mais le prix de la prestation périée par sa faute. Quelle que soit la chronologie des événements à l'origine de la disparition des prestations, le débiteur doit payer la prestation qui n'est plus possible d'exécuter par sa faute. Un alinéa 2 pourrait être ajouté à cet article 1307-5 du Code civil afin de préciser une telle obligation. Il serait, le cas échéant, inopportun de laisser au juge l'appréciation de la faute du débiteur et l'allocation de dommages-intérêts. L'obligation est alors aménagée afin de prendre en considération le mécanisme de l'obligation alternative et les droits du créancier.

329. Par ailleurs, si les prestations disparaissent simultanément par la faute du débiteur, en l'absence de disposition légale, le débiteur disposerait du choix de payer la valeur de l'une ou de l'autre prestation, puisque la prestation n'a pas été déterminée⁸⁰⁹. Dans cette hypothèse, il serait plus opportun de transférer le choix au créancier, puisque la double faute du débiteur ne saurait lui octroyer un autre choix.

La réparation consécutive à la disparition des prestations de l'obligation alternative dépend de la nature des événements ayant conduit à cette disparition. Les solutions sont différentes, lorsque le choix est conféré au créancier. Les droits de ce dernier sont fragilisés.

⁸⁰⁸ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats, Dossier Pratique, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016, n°1046.

⁸⁰⁹ M. Durantou, *op. cit.*, n°144.

2) La fragilité des droits du créancier, titulaire du choix

L'accord des parties peut prévoir que le choix soit octroyé au créancier. Ce dernier reste subordonné aux agissements de son débiteur au sujet de la conservation des choses objets de l'obligation alternative. Si une chose (a) ou des choses (b) disparaissent par la faute du débiteur avant l'exercice du choix, les intérêts du créancier doivent alors être préservés.

a) La disparition d'une chose en raison d'une faute du débiteur

330. Une nouvelle fois, les rédacteurs de la réforme du Code civil du 10 février 2016⁸¹⁰ n'ont pas prévu de disposition dans le cas où une prestation branche de l'obligation alternative disparaît par la faute du débiteur, alors que le mode de détermination de l'obligation à exécuter n'est pas choisi. L'ancien article 1194 alinéa 2 *in fine* du Code civil prévoyait que le créancier pouvait demander l'autre prestation ou le prix de la chose qui a péri. En d'autres termes, le créancier jouissait d'un choix entre les prestations mais d'un choix « aménagé »⁸¹¹, puisque le créancier ne saurait pâtir de la faute du débiteur. Les droits du créancier sont *a priori* préservés. Certes, une prestation est remplacée par sa contrepartie monétaire, mais le créancier supporte une part d'aléa, parce que les risques des choses objets de l'obligation pèsent sur le débiteur. Le créancier a, dans cette hypothèse, le choix entre la prestation restante et la contrepartie en valeur de la prestation, dont l'exécution a été rendue impossible par la faute du débiteur. L'avant-projet Catala et le projet de la Chancellerie de 2013 se prononçaient en ce sens. Cette solution se révèle être adéquate au regard du concept de l'obligation alternative, dans la mesure où le créancier serait satisfait par l'autre prestation qu'il a jugée comme équivalente au moment de son engagement ou sa contrepartie en valeur. Il pourrait, cependant, opter pour la contrepartie en valeur. Ce choix lui permettrait, le cas échéant, de faire jouer la compensation entre la créance résultant du prix de vente et sa propre dette. Le créancier ne serait, dès lors, qu'indirectement satisfait.

331. Observons que le mutisme du Code civil, à ce sujet, laisse à craindre que ce ne soit pas le prix de la chose qui pourrait être offert mais des dommages-intérêts, conformément au droit de la responsabilité contractuelle. Dès lors, un écart de montant pourrait s'opérer entre ces deux prestations et ce surtout, si le magistrat prend en compte que la prestation disparue

⁸¹⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁸¹¹ D. Veaux, *op. cit.*, n°51 ; V. Perruchot-Triboulet, *op. cit.*, n°158.

n'était pas de manière certaine choisie. Il pourrait davantage prendre en considération la perte de chance du créancier de ne pas avoir pu choisir entre les deux branches de l'obligation, comme ce fut le cas dans l'arrêt du 6 février 2001⁸¹². En l'espèce, des preneurs avaient accepté de quitter les locaux qu'ils louaient le temps que le bailleur accomplisse des travaux de rénovation. En contrepartie, les preneurs pouvaient opter entre la réintégration dans l'immeuble ou leur maintien dans le second immeuble, au terme des travaux. Or, sans attendre l'exercice du choix par les preneurs, le bailleur a loué les locaux rénovés à une autre personne. Les preneurs n'ayant pas exercé leur choix, ils ont assigné le bailleur en réparation du préjudice subi. La première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris condamnant le bailleur au paiement de dommages-intérêts. Le fondement de la condamnation réside dans la perte de chance qu'ont eue les preneurs de ne pas avoir opté et donc de n'avoir pu bénéficier de leur intégration dans les locaux rénovés « *de même superficie et de même confort que ceux occupés avant les travaux de rénovation* ». Dès lors, au regard de cet arrêt, le bénéfice du choix au créancier n'est aucunement pris en compte.

En cas de disparition de l'une des choses par la faute du débiteur, le choix du créancier se trouve fragilisé. Le sort du créancier de l'obligation alternative est davantage mis à mal, dans l'hypothèse où les deux choses périssent à cause des agissements fautifs du débiteur.

b) La disparition de l'ensemble des choses en raison d'une faute du débiteur

332. Le Code civil ne s'est qu'implicitement intéressé à la problématique de la disparition des choses objets de l'obligation alternative, par une faute du débiteur, en présence d'un choix réservé au créancier. Il ressort de l'article 1307-5 du Code civil⁸¹³ interprété *a contrario* que le débiteur n'est pas libéré, dans la mesure où la cause de la disparition des objets de l'obligation ne résulte pas seulement de la survenance d'un cas de force majeure. Antérieurement à la réforme du 10 février 2016⁸¹⁴, il était prévu que le créancier pouvait demander le prix de l'une ou l'autre chose à son gré. Il convient de distinguer selon qu'une chose ou l'ensemble des choses périssent par la faute du débiteur.

⁸¹² Cass. 1^{er} civ., 6 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n°26 ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2001, n°179, p. 13.

⁸¹³ L'article 1194 alinéa 3 du Code civil de 1804 disposait que : « *Ou les deux choses sont périées ; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix* ».

⁸¹⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

333. Si le débiteur est en faute à l'égard de l'ensemble des choses dues, le créancier a indubitablement le droit de choisir la valeur de l'une ou de l'autre chose en réparation de la faute de son cocontractant. Le maintien de cette option se justifie pleinement, puisque nous ne saurions préjuger à l'avance de l'exercice du choix du créancier. En théorie, les parties ayant considéré les branches de l'alternative comme équivalentes, la valeur devrait être presque similaire, sauf si l'une d'elles a évolué considérablement depuis la conclusion de l'obligation (valeur d'une action ou d'une voiture, par exemple) ou si un écart de valeur entre les prestations avait été sciemment convenu par les parties.

334. Si la disparition d'une seule branche de l'alternative est imputable au débiteur, il convient de distinguer selon le moment où la faute a été commise. D'une part, la première chose disparaît par la faute du débiteur et la seconde par la survenance d'un cas de force majeure. Le débiteur ne doit, semble-t-il, pas être libéré, dans la mesure où il est fautif d'avoir fait disparaître la première chose et conséquemment d'avoir privé le créancier du choix. En outre, le maintien d'un choix au profit du créancier se justifie, car il ne saurait en être privé par la faute du débiteur, comme en convient une partie de la doctrine⁸¹⁵. La disparition de l'autre prestation liée à un événement de force majeure ne laisse subsister que la valeur de la chose dont le débiteur est fautif. Dans cette hypothèse, le débiteur n'a pas à supporter la survenance d'un cas de force majeure. « *Le débiteur ne peut devoir la réparation que du tort qu'il a causé* »⁸¹⁶. L'ancien article 1193 alinéa 2 du Code civil prévoyait que le débiteur devait payer le prix de la chose qui a péri en dernier. Or, dans le cadre du calcul des dommages-intérêts, il ne saurait exister de lien de causalité entre l'objet disparu par la faute du débiteur et celui disparu par force majeure. Mourlon⁸¹⁷ évoquait aussi que le débiteur pouvait être contraint de payer une indemnité qui dépasserait le dommage subi, dans le cas où la valeur de la prestation disparue par force majeure serait supérieure à l'autre. L'article 1307-5 du Code civil énonce que le débiteur est responsable de l'impossibilité d'exécuter par sa faute l'une des prestations. Ce serait dénaturer le mécanisme de l'obligation alternative si nous considérerions le débiteur libéré de ses obligations et ce serait ignorer l'opération économique convenue par les parties. Le Gouvernement n'aurait également pas pris la peine d'instaurer cet article, si les dispositions du droit commun relatives à la force majeure

⁸¹⁵ M.-J. Gebler, *op. cit.* ; M. Mignot, *op. cit.*, n°75 ; M. Duranton, *op. cit.*, n°148 ; F. Mourlon, *op. cit.*, n°1232 ; R. Pothier, *op. cit.*, n°253 ; D. Veaux, *op. cit.*, n°54 ; V. Giscard, *op. cit.*, p. 74.

⁸¹⁶ M. Duranton, *op. et loc. cit.*

⁸¹⁷ F. Mourlon, *op. et loc. cit.*

suffisaient. Pareillement, il n'aurait pas expressément précisé que la libération du débiteur n'intervient que si l'impossibilité de l'ensemble des prestations résulte d'un cas présentant les caractères de la force majeure. Ainsi, nous estimons que le créancier doit pouvoir réclamer la valeur de la prestation, dont la réalisation est devenue impossible par la faute du débiteur, à l'instar de l'hypothèse où le choix bénéficie au débiteur⁸¹⁸. D'autre part, pareil raisonnement doit être fait s'agissant de la disparition par force majeure de la première prestation et par la faute du débiteur de la seconde prestation.

335. Il semble que le Code civil tende à sauvegarder au maximum, avant son exercice, le droit d'option du créancier en aménageant une nouvelle fois les règles de la responsabilité civile. La rédaction des dispositions du Code civil n'est, cependant, pas assez précise. Il serait opportun qu'un second alinéa à l'article 1307-5 du Code civil vienne préciser explicitement l'obligation pour le débiteur de payer la valeur de la prestation perdue par sa faute. Cette disposition serait applicable, lorsque l'une des prestations est rendue impossible par la faute du débiteur, et ce quelle que soit l'identité du titulaire du choix.

En somme, les dispositions du Code civil paraissent, en l'état, insuffisantes afin de traiter précisément la faute du débiteur avant l'exercice du choix. La survenance d'un cas de force majeure vient, quant à elle, perturber différemment l'obligation disjonctive.

§ 2 : La survenance d'un cas de force majeure avant l'exercice du choix

En raison de l'évolution de la notion de force majeure, nous commencerons par cerner cette notion qui se révèle être l'événement central de la théorie des risques (A) avant de voir son application aux prestations de l'obligation disjonctive (B).

A) La force majeure, événement central de la théorie des risques

336. La force majeure constitue l'événement central dans la théorie des risques de l'obligation disjonctive depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁸¹⁹. Les rédacteurs du Code civil de 1804 ne l'avaient pas explicitement envisagée. De manière liminaire, nous pourrions

⁸¹⁸ V. infra n°325 et s.

⁸¹⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

critiquer ce changement, puisque la notion de force majeure⁸²⁰ n'est pas dans son application des plus limpides, surtout en matière contractuelle⁸²¹. De fait, nous pourrions indiquer que cette modification n'apporte pas davantage de clarification au régime juridique de l'obligation disjonctive par rapport à la notion de faute précédemment mise en exergue.

337. Toutefois, la force majeure a été définie en matière contractuelle par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016⁸²² à l'article 1218 alinéa 1 du Code civil : « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Sans analyser en profondeur l'apport de la réforme sur les caractères de la force majeure⁸²³, il semble que le Gouvernement, au regard du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, se situe dans le sillon du dernier état de la jurisprudence⁸²⁴ retenant les seuls critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité pour caractériser la force majeure. La rédaction de l'article 1218 du Code civil ne mentionne, en effet, pas le critère de l'extériorité. Un tel abandon se justifie notamment par le fait que certains événements échappent au contrôle du débiteur mais ne sont pas pour autant extérieurs à celui-ci (une maladie, par exemple). Cet article énonce alors que l'événement doit être imprévisible, irrésistible et échapper au contrôle du débiteur. Comme l'indique un auteur, cette dernière condition traduit « *surtout l'autre aspect de l'irrésistibilité, qui correspond au fait que la survenance de l'événement, extérieur ou pas, doit être inévitable* »⁸²⁵. Ainsi, il apparaît un

⁸²⁰ Nous pouvons relever que la notion de cas fortuit, énoncée à l'ancien article 1148 du Code civil, n'a pas été reprise par la réforme du 10 février 2016.

⁸²¹ Pour plus de développements, V. notamment : P.H. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier, LGDJ, 1992 ; J. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1920 ; F. Chabas et F. Gréau, *Rép. civ. Dalloz, V° Force Majeure*, 2016 ; L. Josserand, « Force majeure et cas fortuit », *DH* 1934, chron. 25 ; A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.* 1935.19 ; H. Antonmattéi, « Ouragan sur la force majeure », *JCP éd. G* 1996.I.3907 ; Ph. Stoffel-Munck, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC* 2003.59.

⁸²² Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁸²³ Pour plus de développements à ce sujet, V. notamment : A. Hontebeyrie, « Quelques incidences de la réforme du droit des obligations en matière de responsabilité civile », *Dr. et patr.* 2016, 259 ; S. Bros, « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016, 259.

⁸²⁴ Deux arrêts d'assemblée plénière avaient semblé abandonner le critère de l'extériorité : Ass. plén., 14 avr. 2006, *Bull. civ.*, Ass. Plén., n°4 ; *D.* 2006.1577, note P. Jourdain et 1566 chron. D. Noguéro ; *JCP éd. G* 2006.II.10087, note P. Grosser ; *RDC* 2006.1207, note G. Viney et 1083, note Y.-M. Laithier ; *Deffrénois* 2006, p. 1212, obs. E. Savaux ; *Contrats, conc. consom.* 2006, n°152, note L. Leveneur. Il existe, toutefois, des arrêts postérieurs ayant requis le critère de l'extériorité. Pour des illustrations, V. notamment : Cass. 1^{er} civ., 14 oct. 2010, *Bull. civ.* I, n°198 ; *RDC* 2011.454, obs. G. Viney ; Cass. 3^e civ., 15 oct. 2013, n°12-23126.

⁸²⁵ S. Bros, *op. et loc. cit.*

assouplissement des critères caractéristiques de la force majeure de nature à permettre une libération plus aisée du débiteur.

338. Il convient de préciser que les règles de la force majeure n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres de déterminer son contenu⁸²⁶. A ce titre, plus son contenu sera étendu par les parties, plus souvent la force majeure pourra être caractérisée.

Le sort de l'obligation disjonctive sera fonction de la disparition d'une ou plusieurs prestations par la survenance d'un cas de force majeure.

B) La disparition d'une ou plusieurs prestations par force majeure

Il convient de distinguer selon qu'une prestation (1) ou plusieurs prestations (2) ont été affectées par la survenance d'un cas de force majeure. Dans la première hypothèse, l'obligation survit à la survenance d'un tel événement, alors que dans la seconde, l'obligation elle-même disparaît.

1) L'accomplissement de la seconde prestation en cas de disparition d'une prestation

339. Le sort de l'obligation facultative dépendra du point de savoir laquelle des prestations disparaît par cas de force majeure. Comme le prévoit l'article 1308 alinéa 2 du Code civil, « *l'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure* ». A l'instar d'une obligation pure et simple, l'obligation facultative est éteinte, si un événement présentant les caractères de la force majeure affecte la prestation principale. La survenance d'un tel événement affectant la prestation subsidiaire n'entraîne pas extinction de l'obligation, puisque la prestation n'avait pas été considérée par les parties comme étant due.

340. La situation où une prestation alternative devient impossible à exécuter en raison d'un cas de force majeure n'est sujette à aucune problématique dans la mesure où le débiteur doit exécuter l'autre ou les autres prestations, et ce que le débiteur ou le créancier soit titulaire du choix. Cette situation est clairement prévue par les articles 1307-3 et 1307-4 du Code civil et

⁸²⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°337 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°953.

l'était également dans le droit antérieur. Cette solution se justifie pleinement, car le débiteur ne saurait supporter un événement ne dépendant pas de son fait et être astreint à payer des dommages-intérêts, alors qu'il n'a commis aucune faute. Aucune offre de prix de la prestation disparue ne saurait être imposée en échange, dans la mesure où le choix a disparu par la survenance d'un cas de force majeure. La réalisation d'un événement présentant les caractères de la force majeure ne doit pas nuire plus au débiteur qu'au créancier : elle se répercute également entre les deux parties⁸²⁷. L'intérêt de stipuler une pluralité de prestations permet alors de contraindre le débiteur à exécuter l'autre prestation. Ainsi, tel a été le cas dans un contrat de saillie réservant au propriétaire de deux étalons le choix de celui qui serait accouplé avec la jument de l'autre partie. La Cour de cassation a pu juger que le propriétaire de deux étalons demeure tenu, en dépit de la mort de l'un d'eux, d'exécuter son obligation avec l'étalon survivant⁸²⁸. Nous pouvons, à cet égard, mesurer de nouveau le rôle de garantie joué par l'obligation alternative⁸²⁹.

La disparition d'un objet de l'obligation alternative en raison de la survenance d'un événement de force majeure implique l'accomplissement de l'autre prestation ou des autres prestations. Toutefois, si l'ensemble des prestations est concerné par l'événement de force majeure, alors l'obligation alternative ne peut résister à son extinction.

2) L'extinction de l'obligation alternative par la force majeure

341. L'article 1307-5 du Code civil dispose que : « *lorsque les prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure* ». Que le choix bénéficie au débiteur ou au créancier, la survenance d'un cas de force majeure sur l'ensemble des prestations éteint l'obligation alternative⁸³⁰. Cette disposition se révèle conforme à la théorie des risques et au droit antérieur. En l'absence de faute du débiteur, le risque est alors supporté par le créancier. La modalité alternative n'apporte en ce cas aucun changement par rapport au droit commun⁸³¹. Toutefois, il semble que le droit positif s'en distingue, dans la mesure où il n'a pas repris le fait que le débiteur ne devait pas avoir été mis en demeure. En droit commun, la mise en demeure implique que le

⁸²⁷ Nous ne visons pas l'hypothèse où le débiteur serait fautif.

⁸²⁸ Cass. 1^{er} civ., 22 févr. 1978, *Gaz. Pal.*, 1, somm. 145.

⁸²⁹ V. supra n°265 et s.

⁸³⁰ Il en est de même bien évidemment de l'obligation facultative.

⁸³¹ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°70.

créancier réclame la livraison du bien⁸³². Au cas de l'obligation alternative, la mise en demeure est entendue comme celle émanant du créancier à l'égard du débiteur de choisir la prestation à exécuter. Il convient d'approuver la suppression de cette mise en demeure, puisqu'en l'absence d'exercice du choix, la prestation à exécuter n'est pas déterminée⁸³³. Au sens de l'article 1344-2 du Code civil, la mise en demeure a pour effet de mettre les risques à la charge du débiteur. Cela étant, dans l'hypothèse où le débiteur serait titulaire du choix, il supporte déjà ceux-ci. La mise en demeure mentionnera de manière apparente qu'à défaut, pour le débiteur de choisir l'une ou l'autre des prestations, le choix sera transféré au créancier.

L'extinction de l'obligation alternative ne pourra se produire que si les deux prestations disparaissent par force majeure. En somme, l'absence d'exercice du choix par son titulaire n'entraîne pas les mêmes effets s'agissant de l'obligation alternative et de l'obligation facultative. La justification tient aux prestations placées à des degrés d'engagement différents. Cette absence d'exercice du choix pourrait seulement être préjudiciable pour l'obligation alternative. Il n'en demeure pas moins que les hypothèses où le choix est exercé sont plus courantes. Pour pouvoir être pleinement exercé, le titulaire du choix doit remplir certaines conditions formelles relativement souples liées à l'expression du choix.

Section 2 : La souplesse des conditions de forme liées à l'expression du choix

342. Au moment de mettre en œuvre le choix, se pose la question de savoir comment et quand le choix doit être exercé par son bénéficiaire, afin qu'il puisse être considéré comme valable.

343. A titre liminaire, il convient de souligner que l'existence d'un droit potestatif au sein de l'obligation disjonctive postule que la partie qui subit le choix n'a pas (de nouveau) à consentir ou accepter le choix⁸³⁴. Un auteur⁸³⁵ considère, toutefois, que le titulaire du choix émet une offre relative au mode d'exécution de l'obligation, laquelle offre doit être acceptée

⁸³² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°672 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Régime général*, Litec, 6^{ème} éd., 1999, n°2207.

⁸³³ Si le mode d'exécution de l'obligation avait été déterminé, la solution serait différente. V. infra n°467.

⁸³⁴ Nous avons déjà démontré que l'acceptation du créancier n'était pas requise : V. supra n°196 et s.

⁸³⁵ F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1227.

par l'autre partie. Il est évident que nous ne partageons pas cette opinion très minoritaire, tant le consentement de la partie assujettie au choix ne correspond pas à la structure même de l'obligation disjonctive. Si un tel consentement s'imposait au moment de l'exercice du choix, l'opération se rapprocherait d'une dation en paiement, distincte d'une obligation disjonctive⁸³⁶. Pareillement, une telle exigence amoindrirait l'efficacité de l'opération économique voulue par les parties. Dès lors, le titulaire du choix ne doit pas recueillir l'accord de son cocontractant, dans la mesure où il l'a déjà obtenu lors de la formation de l'obligation.

L'exercice du choix requiert qu'il respecte certaines conditions de forme tenant à sa manifestation (Sous-Section 1) et au moment où il doit être effectué (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Une expression matérielle du choix souple

344. En raison de l'absence de précision légale, une partie de la doctrine⁸³⁷ considérait que, lorsque le choix appartenait au débiteur, la manifestation du choix ne pouvait se réaliser qu'à travers l'exécution même de l'une des prestations ou par des offres réelles suivies de consignation. De fait, aucune autre forme d'exercice du choix n'était permise.

345. L'exercice du choix se manifeste indubitablement le plus, lorsque le choix est exercé en même temps que l'exécution de l'obligation. Toutefois, tel n'est pas nécessairement le cas. La déclaration de volonté faite antérieurement à cette exécution doit alors être claire et doit préciser la prestation à réaliser. Sur le fondement du principe du consensualisme, la déclaration de volonté du titulaire peut, cependant, se manifester par n'importe quelle forme, même tacite, dès lors qu'elle est non équivoque. Un simple acte ou une déclaration de volonté suffit pour exercer le choix. Par exemple, le débiteur d'une obligation facultative effectue tacitement son droit facultatif, lorsqu'il exécute la prestation principale. S'agissant de l'exercice tacite du droit d'option issu d'une obligation alternative, une illustration nous est fournie par l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, le 27 novembre 2006⁸³⁸. En l'espèce, en contrepartie d'une reconnaissance de dette, le débiteur s'était engagé à rembourser le créancier soit en numéraire soit par la cession de parts sociales détenues dans plusieurs sociétés. Postérieurement à cette reconnaissance de dette, une cession portant sur des parts

⁸³⁶ V. supra n°234 et s.

⁸³⁷ F. Mourlon, *op. cit.*, n°1226 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1049.

⁸³⁸ Orléans, 27 nov. 2006, n°05/02317.

sociales d'une société a été réalisée par le débiteur au profit d'une société du créancier. L'absence de référence à la reconnaissance de dette et l'existence de patrimoines distincts entre celui de la société du créancier et son patrimoine personnel ont révélé que le débiteur avait implicitement choisi d'exécuter son obligation de remboursement en numéraire. Pour un créancier bénéficiant du choix, la manière la plus « brute » d'exercer le choix est d'assigner son débiteur en paiement de la prestation choisie. Lorsque le contrat contenant l'obligation disjonctive ne prévoit pas de modalité particulière quant à cette expression, il est, cependant, conseillé aux parties de se ménager une preuve en cas de contestation, telle que l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

346. Concernant la teneur du choix, l'existence d'une prérogative unilatérale en faveur du titulaire du choix implique une liberté d'exercice du choix⁸³⁹, si bien qu'il n'a pas à motiver son choix, c'est-à-dire à ne pas donner les motifs qui l'ont conduit à choisir telle ou telle prestation. La Cour de cassation a, à ce titre, eu l'occasion de l'affirmer au regard de l'application de l'article 1644 du Code civil⁸⁴⁰, qu'elle a considéré à tort comme étant une obligation alternative⁸⁴¹, ou d'une obligation disjonctive composée de trois branches⁸⁴². Dans les faits de l'arrêt du 12 février 1975, un salarié a exercé pendant treize ans des fonctions syndicales permanentes au sein d'une entreprise. Il était prévu, aux termes de la convention collective applicable à cette entreprise, que ce salarié pouvait à l'expiration de son mandat syndical solliciter le syndicat patronal afin de lui demander, (i) soit sa réintégration dans l'entreprise dans son dernier emploi ou à un emploi similaire avec maintien de son ancienneté au jour de son départ au syndicat, (ii) soit son reclassement dans le cadre local si son retour dans l'entreprise ne pouvait avoir lieu, (iii) soit le versement d'une indemnité pécuniaire correspondant au coût d'un licenciement calculée à partir de son départ de l'entreprise. Ainsi, le salarié disposait du choix entre ces trois branches et n'avait, lors de l'exercice du choix, pas à motiver sa décision pour l'une des alternatives. En conséquence, aucune obligation de motiver le choix ne pèse sur son titulaire. Il est intéressant de noter que le choix afférent à l'obligation disjonctive résiste aux obligations de motivation imposées par la jurisprudence à

⁸³⁹ I. Najjar, *op. cit.*, n°263.

⁸⁴⁰ Cass. 1^{er} civ., 11 juin 1980, *Bull. civ.* I, n°185.

⁸⁴¹ Pour rappel, nous excluons la qualification d'obligation alternative s'agissant de l'article 1644 du Code civil : V. *supra* n°207.

⁸⁴² Cass. soc., 12 févr. 1975, *Bull. civ.* V, n°67.

chaque fois qu'une partie peut exercer un droit unilatéralement⁸⁴³ et également à celles consacrées par l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁴⁴ en matière, par exemple, de détermination du prix dans certains contrats⁸⁴⁵ ou de résolution unilatérale du contrat⁸⁴⁶. La liberté offerte au titulaire du choix contribue à renforcer la flexibilité et l'utilité de l'obligation disjonctive.

La manifestation du choix doit donc être dépourvue d'ambiguïté mais aussi être réalisée au moment approprié.

Sous-Section 2 : La liberté du moment d'exercice du choix

347. Afin que le choix puisse produire ses effets, il doit être exercé dans le délai convenu par son titulaire. De manière liminaire, il convient de rappeler brièvement que la nature de l'obligation disjonctive postule que le choix doit être exercé postérieurement à la formation de l'obligation et au plus tard le jour de son exécution. Le moment d'exercice du choix a donné lieu à quelques débats doctrinaux sur le point de savoir si l'exercice du choix devait être nécessairement concomitant à l'exécution de l'obligation⁸⁴⁷. Des auteurs classiques⁸⁴⁸ considéraient que lorsque le choix appartenait au débiteur, la manifestation du choix ne pouvait se réaliser qu'à travers l'exécution même de l'une des prestations ou par des offres réelles suivies de consignation. Elle ne pourrait s'effectuer avant sous peine de modifier l'obligation au préjudice du créancier. Le créancier pouvait de son côté exercer le choix, quand il le désirait.

348. A l'instar de la doctrine moderne⁸⁴⁹, nous considérons que cette conception tenant à l'exercice du choix est aujourd'hui désuète. Le choix peut être effectué avant l'exécution de l'obligation. Il est évident que la date limite pour exercer le choix constitue le jour où l'obligation doit être exécutée, voire même le jour où le débiteur se voit signifier une assignation en exécution de la prestation choisie par le créancier. Le débat se situe au niveau

⁸⁴³ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

⁸⁴⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁸⁴⁵ C. civ., art. 1164 et 1165.

⁸⁴⁶ C. civ., art. 1226 al. 3.

⁸⁴⁷ A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets : consécration et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

⁸⁴⁸ F. Mourlon, *op. cit.*, n°1226 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1049.

⁸⁴⁹ M.-J. Gebler, *op. cit.*, p. 22 et s. ; D. Veaux, *op. cit.*, n°45 et s. ; L. Bineau, *op. cit.*

de la période intercalaire entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation. Les arguments des auteurs classiques pouvaient s'entendre, lorsque l'obligation disjonctive était utilisée à des fins de garantie. Dans cette hypothèse, l'exercice prématuré de l'option en matière d'obligation alternative engendrait la subsistance d'une obligation pure et simple et faisait perdre au créancier le bénéfice de sa garantie jusqu'à sa complète satisfaction. Le fondement de garantie de l'obligation disjonctive n'est aujourd'hui pas exclusif si bien qu'il est admis que l'option puisse être exercée antérieurement à l'exécution de l'obligation. Les finalités auxquelles peut conduire l'obligation disjonctive ainsi que sa souplesse et sa flexibilité contractuelles militent pour octroyer au titulaire du choix un maximum de liberté quant au moment d'exercer le choix. Cette liberté est avant tout requise, lorsque l'obligation disjonctive est utilisée à des fins spéculatives. Les parties ont également intérêt à savoir à quel moment le choix doit être réalisé afin de mettre fin à l'incertitude entourant le mode d'exécution de l'obligation.

349. Par ailleurs, des difficultés peuvent survenir s'agissant des contrats dont un terme n'est pas prévu, dans la mesure où l'exécution de l'obligation ne sera pas déterminée. L'absence corrélative de date limite pour exercer le choix laisserait les parties dans une incertitude chronique. C'est pourquoi il leur est conseillé de prévoir une période durant laquelle le choix pourra s'exercer de sorte qu'il conviendra classiquement de se référer au contrat pour connaître les délais. Dans cette hypothèse, l'obligation est aménagée tant par une modalité disjonctive que par un terme. Dans les contrats d'émission de valeurs mobilières, le moment d'exercice du choix ou du droit de conversion est, dans la majeure partie des cas, précisé. Par exemple, l'option de conversion des obligations convertibles en actions peut être exercée par le souscripteur dans les trente jours suivant le terme des obligations. Passé ce délai, les contrats prévoient souvent la déchéance du droit d'option et le remboursement des obligations en numéraire. Si le droit de conversion est exercé, la société doit dans un certain délai émettre les actions correspondant à la conversion entre les obligations et les actions. Il n'est, en effet, pas requis de laisser les parties et la relation contractuelle dans une incertitude prolongée, au regard de l'efficacité de l'opération économique.

350. La doctrine⁸⁵⁰ s'est alors interrogée sur les conséquences pour le titulaire du choix de se prononcer avant le délai fixé. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de statuer sur une

⁸⁵⁰ D. Veaux, *op. cit.*, n°46 ; L. Bineau, *op. cit.*

éventuelle sanction. Les articles du Code civil nés de l'ordonnance du 10 février 2016 relatifs à l'obligation alternative clarifient cette hypothèse en prévoyant que l'absence de choix dans le délai déterminé emportera, après mise en demeure, transfert du droit d'option à l'autre partie. Il nous semble que si le débiteur exerce l'option hors délai, il commet une faute contractuelle, sujette à engager sa responsabilité vis-à-vis de l'autre partie sur le fondement de l'article 1217 du Code civil, sous réserve de pouvoir démontrer un dommage. Nous estimons que cette sanction a vocation à s'appliquer aux hypothèses d'exercice prématuré et tardif du choix. Ce transfert se justifierait pleinement dans le dessein de donner toute sa force et sa vitalité à l'obligation disjonctive.

351. Le bénéfice d'une obligation disjonctive permet au titulaire du choix de prendre le temps entre le moment de la formation et de l'exécution de l'obligation afin de déterminer la prestation que le débiteur réalisera. Dans l'hypothèse où le choix serait conféré au débiteur, le créancier pourrait se révéler impatient et agir en paiement contre son débiteur avant la fin du délai. Si le contrat a laissé un délai au débiteur pour choisir le mode d'exécution de son obligation, le créancier doit le respecter, sous peine de se voir débouter de son action exercée prématurément.

352. Mentionnons, enfin, que les dispositions du Code civil relatives aux conditions formelles pour exercer le choix sont *a minima* énumérées. Il appartient alors à la liberté contractuelle de préciser ou de compléter les conditions dans lesquelles le choix doit se réaliser. Cela étant, il est conseillé aux parties de ne pas encadrer à outrance l'exercice du choix par une série de conditions qui seraient de nature à entraver l'efficacité de l'opération économique souhaitée. Le choix devrait donc se manifester de la manière la plus simple dans le dessein de déterminer la prestation à exécuter et de procéder au paiement de l'obligation disjonctive.

CONCLUSION DU TITRE

Le choix est incontestablement la clé de voûte de l'obligation disjonctive⁸⁵¹. A travers le choix, les parties peuvent utiliser l'obligation disjonctive à leur gré dans le dessein de réaliser leur opération contractuelle. Le choix entre plusieurs prestations permet d'agir tant sur l'écoulement du temps entre le moment de conception et le moment d'exécution de l'obligation que sur le nombre de prestations composant l'obligation. C'est au sujet de la pluralité de prestations que l'obligation disjonctive était originairement utilisée par les parties comme instrument de garantie. La fonction de spéculation s'est ensuite développée. L'obligation disjonctive constitue, en réalité, une modalité de l'obligation fonctionnelle : elle s'adapte aux besoins des parties. Les praticiens ont donc eu tort de mépriser l'obligation disjonctive, et ce surtout depuis que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016 a recentré le régime juridique des obligations disjonctives sur le choix.

Cette restructuration est totalement opportune tant l'exercice du choix commande le paiement de l'obligation. Certes, le régime juridique mériterait d'être complété, notamment lorsque les prestations disparaissent par la faute du débiteur ou par la survenance d'un cas de force majeure. Toutefois, la problématique de l'absence de choix par son bénéficiaire a été résolue en permettant le transfert du « sésame » à l'autre partie. Les dispositions du Code civil contribuent à l'exercice du choix et donc à la réalisation de l'opération économique. Aussi, cette recherche de l'efficacité se concrétise par la réunion de conditions formelles relativement minimales. Il n'est nullement conseillé aux parties d'étendre ces conditions, sous peine de rendre moins aisé l'exercice du choix. La prise en compte de la dimension du choix par la réforme du 10 février 2016 tend indubitablement à permettre plus facilement le paiement de l'obligation disjonctive.

⁸⁵¹ M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

Titre II : LE PAIEMENT DE L'OBLIGATION DISJONCTIVE CONDITIONNÉ À L'EXERCICE DU CHOIX

353. La modalité disjonctive de l'obligation permet à l'une des parties de choisir la prestation à réaliser. Elle agit au stade de l'exécution de l'obligation. L'existence d'une période de temps entre le moment de la formation et de l'exécution de l'obligation retarde l'exigibilité et donc le paiement de l'obligation. C'est l'exercice du choix qui va permettre l'exécution de l'obligation disjonctive. Les obligations facultatives et alternatives semblent, à cet égard, se rapprocher d'une autre modalité de l'obligation : le terme⁸⁵² et plus spécialement du terme dit suspensif. En vertu de l'article 1305 du Code civil, « l'obligation est à terme, lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine ». Appliqué à l'obligation disjonctive, l'événement considéré pourrait être le choix de l'obligation disjonctive à effectuer par l'une des parties. Toutefois, le choix ne peut être assimilé à un événement futur et certain. Outre l'absence de certitude de l'exercice du choix par son titulaire, la jurisprudence semble retenir une approche objective de l'événement⁸⁵³ : la volonté des parties ne paraît pas pouvoir influencer la qualification de terme en considérant un événement comme de réalisation certaine. Le choix n'agit pas directement sur l'exigibilité de l'obligation : il permet seulement de déterminer le

⁸⁵² Pour plus de développements sur le terme, V. notamment : J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, thèse Lyon, LGDJ, 1969 ; E. Putman, *La formation des créances*, thèse Aix-en Provence, 1987, spéc. 573 et s. ; A. Oudin-Adam, *Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Paris II, 1987 ; C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, PUAM, 2003 ; M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », *Dr. et patr.* janv. 2000, p. 50 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°1291 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°301 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1199 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd. 2014, n°435 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Collin, 9^{ème} éd. 2015, n°286 et s. ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2014, n°916 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n°1304 et s. ; Y. Buffélan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°209 et s. ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2016, n°388 et s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°46 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°133 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°1014 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n°998 et s. ; P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd. 2010, n°1291 et s.

⁸⁵³ V. notamment : Cass. 1^{ère} civ, 13 avr. 1999, *Bull. civ. I*, n°131 ; *Defrénois* 1999, art. 37041, note D. Mazeaud ; *D. dr. aff.* 1999, 937, obs. J. François ; *JCP éd. G* 2000.II.10309, note A.-S. Barthez ; Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *Bull. civ. I*, n°204 ; *JCP. éd. E* 2005.70, obs. A. Bories ; *RTD civ.* 2004.734, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2004, art. 38035, n°77, note J.-L. Aubert. Un arrêt a, néanmoins, semé le trouble au sujet de cette approche, dans la mesure où il tend à retenir une approche subjective de l'événement : Cass. 3^e civ., 7 janv. 2016, n°14-26.945 ; *JCP éd. G* n°8, 22 févr. 2016, note J.-J. Taisne. Il demeure à confirmer, tant la précédente jurisprudence était stable.

mode d'exécution de celle-ci. En revanche, le terme permet d'influencer l'exigibilité d'une obligation. L'obligation disjonctive et le terme n'ont donc pas la même fonction. « *Le terme concerne la temporalité de l'obligation tandis que l'obligation alternative dépend de la volonté du titulaire de l'option* »⁸⁵⁴. Le report de l'exigibilité de l'obligation constitue également une conséquence de l'exercice du choix et non une caractéristique de ce dernier. Le terme se réalise dès lors qu'un événement ne dépendant pas de la volonté des parties survient. Le choix du mode d'exécution de l'obligation dépend exclusivement de l'une des parties⁸⁵⁵. En revanche, rien ne s'oppose à ce que les parties prévoient dans leur engagement la stipulation d'une modalité disjonctive et d'un terme. Au demeurant, le point commun entre ces deux modalités réside dans le report de la date d'exigibilité de l'obligation.

354. Le paiement de l'obligation dépend incontestablement de l'exercice (tacite ou exprès) du choix. La modalité disjonctive de l'obligation a vocation à ne durer que temporairement. La flexibilité que s'étaient réservées les parties quant au mode d'exécution de l'obligation prend fin par l'exercice du choix. L'efficacité ou l'efficience de l'obligation disjonctive se mesure alors à l'aune de l'exercice du choix.

Une fois exercé, le choix va produire deux types d'effets : des effets sur le choix en lui-même mais aussi sur la qualification de l'obligation ou de la relation contractuelle (Chapitre 1). L'exercice du choix permettra le dénouement de l'obligation (Chapitre 2).

⁸⁵⁴ L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9.

⁸⁵⁵ V. supra n°187 et s.

Chapitre 1 : Les effets liés à l'exercice du choix

Le choix étant la pierre angulaire de l'obligation disjonctive, il va déterminer la prestation à exécuter par le débiteur. L'exécution de l'obligation est indubitablement liée à l'exercice du choix. L'efficacité de l'obligation disjonctive dépend du choix opéré par l'une des parties. Ainsi, nous allons nous interroger sur le régime juridique du choix et les effets qu'il entraîne. A quel moment le choix est-il réputé s'accomplir ? Peut-il être remis en cause par une partie ou un juge ? A quel moment le débiteur doit-il s'exécuter ? Autant de questions qui concernent les effets de l'exercice du choix. Cet exercice emporte alors des effets intrinsèques sur le choix lui-même (Section 1) mais aussi des effets à l'égard de la qualification juridique de l'obligation elle-même, voire de la relation contractuelle (Section 2).

Section 1 : Les effets intrinsèques de l'exercice du choix

Le régime juridique du choix requiert de s'intéresser aux effets intrinsèques produits par l'exercice du choix. Est-ce que le choix peut être révoqué une fois qu'il a été exercé et à quel moment considérons-nous qu'il a été accompli ? Le choix est irrévocable et en principe non rétroactif, c'est-à-dire qu'il produit ses effets au moment où il est exercé (Sous-Section 1). En outre, dans la mesure où le choix émane d'une manifestation unilatérale de volonté, nous pouvons nous demander dans quelle mesure les juges peuvent contrôler le choix opéré par l'une des parties (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : L'irrévocabilité et l'absence de rétroactivité du choix, gage de sécurité juridique

La sécurité juridique commande que le choix réalisé par une partie soit en principe irrévocable (§1) et non rétroactif, c'est-à-dire qu'il ne rétroagisse pas au jour de la conclusion du contrat (§2).

§ 1 : L'irrévocabilité de principe du choix

L'exercice du choix détermine définitivement le mode d'exécution de l'obligation (A) de sorte que les possibilités de remettre en cause le choix sont limitées (B).

A) La détermination définitive du mode d'exécution de l'obligation

L'exercice du choix par son titulaire aura pour effet de concentrer les objets de l'obligation disjonctive sur une obligation dite « pure et simple » ou ordinaire (1), à l'exclusion des prestations périodiques où le choix effectué n'est que temporaire (2).

1) La concentration des objets de l'obligation sur une obligation pure et simple

355. L'exercice du choix par son bénéficiaire entraînera la détermination de la prestation à exécuter par le débiteur. En vertu de l'article 1193 du Code civil relatif à la force obligatoire des contrats, le choix sera définitif au sens où le titulaire du choix – débiteur ou créancier - ne pourra pas revenir sur sa décision. C'est en ce sens que se positionne l'article 1307-1 alinéa 3 du Code civil : « *le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif* ». Sous le régime antérieur, la jurisprudence avait pu affirmer, dans un arrêt de principe du 3 juin 1966, que : « *le choix de l'objet de l'obligation alternative est définitif, dès qu'il est fait par la partie à laquelle il appartient* »⁸⁵⁶. Le caractère définitif du choix se justifie pleinement, car l'autre partie ne saurait se voir indéfiniment sous la dépendance de l'autre. Le choix, qu'il soit exercé par son titulaire initial ou par l'autre partie à la suite d'une mise en demeure restée sans effet⁸⁵⁷, entraîne la disparition de la modalité disjonctive de l'obligation. Le caractère définitif du choix signifie qu'il est irrévocable une fois qu'il est exercé. La sécurité juridique postule une irrévocabilité du choix exercé par l'une des parties. Ainsi, la réalisation du choix par un donateur d'une obligation disjonctive se révèle définitive au sens où il ne pourra pas changer d'avis et choisir l'autre ou les autres prestations. Le caractère définitif du choix s'applique, par analogie, au droit facultatif afférent à l'obligation facultative. L'exercice ou non du droit facultatif cristallise la prestation à exécuter par le débiteur et ne peut être révoqué.

⁸⁵⁶ Cass. 1^e civ., 3 juin 1966, *Bull. civ.* n°329 ; *RTD civ.* 1967.384, obs. J. Chevallier.

⁸⁵⁷ V. supra n°187 et s. et 313 et s.

356. Il convient de préciser que l'exercice du choix n'emporte pas novation de l'obligation par changement d'objet⁸⁵⁸. Le choix n'a pas pour effet d'éteindre l'obligation préexistante par la création concomitante d'une nouvelle obligation⁸⁵⁹. L'exercice du choix ne saurait faire naître une nouvelle prestation à la charge du débiteur, et ce d'autant plus quand le choix est dévolu au créancier. Parmi les prestations optionnelles initialement convenues entre les parties, le titulaire du choix précisera laquelle prestation il entend exécuter ou recevoir. Le choix vient cristalliser la prestation qui a été convenue *ab initio*. En outre, au moment de leur engagement, les parties n'ont eu aucunement l'intention de créer par l'exercice du choix une nouvelle dette. Le choix implique une modification de l'obligation⁸⁶⁰, au sens où la modalité disjonctive disparaît par l'exercice du choix sans emporter novation. Le rapport obligatoire est ferme et le restera. A l'instar de Monsieur Ghozi, nous estimons que l'obligation sera modifiée dans l'hypothèse d'une adjonction d'une modalité disjonctive postérieurement à la formation de cette obligation⁸⁶¹.

Le choix aura pour effet de concentrer les objets de l'obligation sur une obligation pure et simple. Il sera irrévocable, sauf si l'engagement des parties comporte des prestations successives périodiques.

2) Un choix renouvelable en présence de prestations successives périodiques

357. L'engagement des parties peut prévoir que le débiteur soit astreint à des prestations successives périodiques alternatives. L'exemple classique en ce domaine nous est donné par Pothier : « *dans les rentes et pensions annuelles et alternatives, comme s'il était dû une rente de trente livres ou d'un muid de blé par chacun an, le débiteur peut choisir chaque année l'une des deux choses : quoiqu'il ait payé la première année la somme d'argent, il peut opter pour la seconde année le muid de blé, et vice versa* »⁸⁶². A chaque échéance, le bénéficiaire

⁸⁵⁸ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris 2, LGDJ, 1980, n°308.

⁸⁵⁹ C. civ., art. 1329 et s.

⁸⁶⁰ A. Baydoun, *Les obligations alternatives*, thèse Paris II, 2005, n°28 : l'auteur a pu évoquer l'existence d'une transformation de l'obligation, comme le droit des sociétés peut en connaître (telle une transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée). La notion de transformation inconnue du droit des obligations est, selon nous, impropre à notre sujet, dans la mesure où l'exercice du choix participe du concept même de l'obligation disjonctive et de son exécution.

⁸⁶¹ A. Ghozi, *op. et loc. cit.*

⁸⁶² R. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. 1, 1835, n°247.

du choix peut opter pour l'une quelconque des prestations objets de l'obligation⁸⁶³. Dès lors, sauf intention contraire du titulaire du choix ou convention contraire des parties, le choix ne liera pas définitivement les parties pour les prochaines échéances. Le choix est irrévocable pour l'échéance considérée mais révocable pour les suivantes, sauf manifestation contraire de volonté. La Cour de cassation⁸⁶⁴ a pris soin de rappeler ce principe dans un arrêt relatif à une vente consentie en contrepartie d'une rente viagère. L'acquéreur s'était obligé à payer la rente annuelle à la crédièntière, laquelle pouvait demander sa réévaluation soit par application des majorations légales soit par application de la clause d'échelle mobile. Par des commandements de payer, la crédièntière avait demandé le paiement de sa rente réévaluée des majorations légales, pour une certaine période mais s'était réservée le choix pour les périodes postérieures. En cassant l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour de cassation a rappelé que l'option exercée en faveur des majorations légales ne valait que pour la période visée par les commandements de payer. La crédièntière pouvait alors choisir différemment le mode de calcul de ses prochaines rentes. Pareille solution s'applique également aux prestations périodiques facultatives.

Au sujet des prestations périodiques comprises dans une obligation disjonctive, le choix est nécessairement temporaire et doit être renouvelé à chaque échéance. Toutefois, le choix qu'il soit fait pour une prestation unique ou pour l'échéance d'une prestation successive est définitif et ne peut pas être remis en cause, sauf cas très particuliers.

B) Une remise en cause très limitée du choix

Il a été soutenu par un auteur, que lorsque le choix appartient au débiteur, ce dernier pourrait l'exercer et le rétracter jusqu'au paiement de l'obligation⁸⁶⁵. Il est évident qu'une telle solution n'est pas envisageable eu égard à la sécurité juridique et à la finalité de l'obligation disjonctive. A cet égard, la remise en cause du choix, sur le fondement du droit commun, demeure limitée (1). Il conviendra également de nous interroger sur le fait de savoir si le

⁸⁶³ C'est en ce sens que se prononce la doctrine : F. Murlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1228. ; Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°53 ; M. Mignot, J.-Cl. civ., art. 1189 à 1196, 2016, n°56 et 57 ; Contra, V. M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^{ème} éd. 1844, n°140.

⁸⁶⁴ Cass. 1^{er} civ., 3 juin 1966, préc.

⁸⁶⁵ V. Giscard, *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888, p.32.

choix ne constituerait pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties(2).

1) Une remise en cause limitée du choix résultant de l'application du droit commun

La méconnaissance de l'obligation disjonctive (a) ou l'action paulienne (b) pourrait être invoquée afin de contester l'exercice du choix, sur le fondement du droit commun.

a) Une méconnaissance de l'obligation disjonctive justifiant une action en restitution pour paiement de l'indu

358. L'exercice du choix peut révéler que son bénéficiaire a pu se méprendre sur la teneur de l'obligation mise à sa charge. Des auteurs classiques⁸⁶⁶ ont principalement identifié deux hypothèses : le titulaire du choix pensait qu'une seule prestation était *in obligatione* ou que l'obligation était conjonctive et non disjonctive. D'une part, le débiteur a payé l'une des prestations de l'obligation alternative, car il était persuadé que seule celle-ci était déterminément due. Demolombe et Pothier citent l'exemple où un testateur a décidé de léguer un bien (maison, tableau, etc.) à un légataire. Or, il modifie sa volonté par un codicille en stipulant une modalité disjonctive à son obligation : legs de ce bien ou paiement d'une somme d'argent ou legs de ce bien avec la faculté pour les héritiers de se libérer en payant une certaine somme d'argent. Toutefois, ce codicille n'est pas retrouvé par le notaire et les héritiers, si bien que les héritiers livrent le bien considéré. Dès lors, il convient de se demander si les héritiers (ou même le créancier) peuvent revenir sur leur choix. Comme le soulignent ces auteurs, les Romains étaient partagés sur cette question, puisque le bien objet de l'obligation alternative était dû et a été payé. Toutefois, comme le titulaire du choix a été trompé, la prestation exécutée doit être restituée. En conséquence, le titulaire du choix doit pouvoir l'exercer, sauf si cela vient à porter préjudice aux droits du créancier ou du débiteur. Par exemple, telle pourrait être l'hypothèse où le débiteur aurait transféré le bien au créancier, lequel l'aurait aussitôt transféré de bonne foi à un tiers, ou de l'hypothèse où le débiteur aurait vendu l'autre bien à un tiers.

⁸⁶⁶ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°53 et s. ; R. Pothier, *op. cit.*, n°255 et s.

359. D'autre part, le débiteur peut avoir été trompé par une « expédition du notaire »⁸⁶⁷ ou plus généralement par le contrat et a alors exécuté les deux prestations. L'*instrumentum* aurait rendu cumulatifs les objets de l'obligation, alors que l'intention des parties était de les rendre alternatifs ou facultatifs. Se posaient, ainsi, deux questions : laquelle des prestations devait être restituée et à qui appartenait le choix ? Pothier et Demolombe proposaient que la répétition de l'indu mette le débiteur dans la position où il eût été s'il n'avait pas considéré la dette conjonctive et payé par erreur, alors que des juristes romains considéraient que le choix devait revenir au créancier devenu débiteur de la restitution des prestations. Ces auteurs estimaient que la répétition devait lui rendre son droit de débiteur d'obligation alternative, c'est-à-dire effectuer le choix. Cette proposition nous paraît convaincante et doit être reproduite au cas où le créancier serait titulaire du choix. En d'autres termes, le titulaire du choix initial doit être replacé dans la situation antérieure à l'exercice du choix, dans la mesure où la dette a été acquittée par erreur.

360. En conséquence, le choix qui n'a pas été exercé en pleine connaissance de cause doit être anéanti et effectué de nouveau. Le fondement retenu par les auteurs classiques pour justifier une remise en cause du choix dans ces deux hypothèses était la répétition pour indu. De prime abord, ce fondement ne semble pas totalement adapté à l'obligation alternative, car les branches de l'obligation sont toutes dues. La doctrine⁸⁶⁸ met, cependant, en exergue le fait que le caractère de l'indu peut être plus ou moins intense si bien qu'il existe un indu objectif et un indu subjectif. Dans la première hypothèse, le paiement de l'obligation résulte d'une absence de cause pour le *solvens* et l'*accipiens* : ceux-ci ne sont ni débiteur ni créancier. L'indu objectif correspond à l'hypothèse où le débiteur a payé les deux objets de l'obligation cumulativement, car l'un des objets de l'obligation a été payé en excédent. Dans l'hypothèse de l'indu subjectif, le paiement se révèle être dû pour l'une ou l'autre des parties. Au cas de l'obligation alternative⁸⁶⁹ et de la situation où le débiteur paye une prestation déterminée sans savoir qu'il bénéficie d'un choix, la justification demeure plus difficile. Si l'*accipiens* est bien le créancier, le *solvens* est aussi bien le débiteur. Cela étant, il nous semble que le critère de l'erreur du débiteur, posé à l'article 1302-2 alinéa 2 du Code civil, puisse être appliqué à l'erreur du débiteur relative à sa croyance d'être débiteur d'une obligation ordinaire. Le

⁸⁶⁷ R. Pothier, *op. cit.*, n°257 ; Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°57.

⁸⁶⁸ Notamment : A. Bénabent, *op. cit.*, n°470 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1296 et s. et n°1040 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1048 et s.

⁸⁶⁹ et plus généralement de l'obligation disjonctive.

paiement fait par le débiteur ne correspond pas totalement à la cause et constitue donc un versement indu⁸⁷⁰. Dans la mesure où le choix ne constitue pas un acte unilatéral⁸⁷¹, l'action en nullité ne peut pas s'appliquer au choix, même si des auteurs soutiennent que la déclaration d'intention doit être frappée de nullité⁸⁷². Nous ne pouvons donc pas assujettir, par renvoi de l'article 1100-1 alinéa 2 du Code civil, la manifestation unilatérale de volonté aux conditions de validité d'un contrat prévues aux articles 1128 et suivants du Code civil. En outre, dans la mesure où le choix concerne la période d'exécution de l'obligation, les dispositions relatives à la formation du contrat (dont la théorie des vices du consentement) ne peuvent régir cette hypothèse. La sanction encourue ne serait également pas opportune : pourquoi annuler l'intégralité du contrat alors que seul le choix n'a pas été entièrement appréhendé par son titulaire ? L'action en paiement de l'indu s'applique, dès lors, à l'erreur résultant du choix de l'obligation alternative. De fait, lorsque les conditions de cette action sont remplies, le jeu des restitutions doit alors s'opérer⁸⁷³. En l'espèce, il ne fait guère de doute qu'à ce moment, c'est l'exercice du choix qui dictera le jeu des restitutions. La bonne ou la mauvaise foi de l'*accipiens* pourrait impacter les revenus ou les produits inhérents à la chose, si cette action est mise en œuvre dans une période de temps bien postérieure à l'exercice du choix.

La méconnaissance de la nature de l'obligation disjonctive constitue une possibilité limitée de remettre en cause l'exercice du choix. Le créancier en tant que titulaire du choix a parfois aussi intérêt à revenir sur son choix, lorsqu'il s'aperçoit que le débiteur a accompli des actes frauduleux sur les prestations de l'obligation alternative. Il exercera alors une action paulienne.

b) Une mise en œuvre envisageable de l'action paulienne

361. Puisque les prestations objets de l'obligation sont sous la responsabilité du débiteur, le créancier peut craindre que son cocontractant dilapide son patrimoine et notamment les objets de l'obligation alternative afin de le contraindre indirectement à effectuer un choix. Ainsi, *quid* si le débiteur anéantit une branche de l'obligation en fraude des droits du créancier ? Nous avons pu observer que, lorsque le choix appartient au débiteur et qu'il est en faute, le

⁸⁷⁰ A. Bénabent, *op. cit.*, n°471.

⁸⁷¹ V. supra n°212 et s.

⁸⁷² D. Veaux, *J.Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, anc. fasc., 1992, n°58 ; L. Bineau, *op. et loc. cit.*

⁸⁷³ C. civ., art. 1302-3 et C. civ., art. 1352 à 1352-9.

débiteur doit offrir la prestation restante⁸⁷⁴ et, lorsqu'il est conféré au créancier, ce dernier dispose de l'option entre choisir la prestation restante ou la contrepartie en valeur de la chose disparue⁸⁷⁵. Dès lors, il est loisible de constater⁸⁷⁵ que le débiteur souhaitant échapper à l'une des prestations (par exemple, le transfert d'un bien), dont le choix est réservé au créancier, peut décider de transférer son bien en fraude des droits de son créancier. Le choix du créancier portant sur ledit bien serait mis à mal, sur le fondement du régime juridique de l'obligation disjonctive. C'est pourquoi le régime général des obligations doit trouver application en permettant la mise en œuvre de l'action paulienne⁸⁷⁶.

362. « *L'action paulienne confère au créancier une protection contre les actes frauduleux d'appauvrissement de son débiteur* »⁸⁷⁷ destinée à rendre inopposables au créancier les actes de nature à le spolier. Seraient visés, au cas de l'obligation disjonctive, non directement le choix mais aussi l'acte passé par le débiteur contraignant le créancier à modifier son choix ou à choisir une prestation par défaut. Eu égard à l'opération économique du contrat, il ne devrait, en effet, pas choisir en faveur de la contrepartie en valeur de sorte que son choix vers l'autre prestation serait forcé. Outre les critères liés à l'antériorité et à la certitude de la créance au moment de la passation de l'acte litigieux, la mise en œuvre d'une action paulienne nécessite que l'acte passé par le débiteur soit attaquant. A ce titre, comme le révèle un auteur⁸⁷⁸, l'acte doit être de nature exclusivement patrimoniale, entraîner un appauvrissement du débiteur, rendre le débiteur insolvable et être postérieur à la naissance de la dette. Au cas de l'obligation disjonctive, la première condition relative à la nature patrimoniale de l'acte ne pose pas de difficulté. Le postulat de notre hypothèse requiert que l'acte soit un contrat. L'appauvrissement du débiteur est également avéré, dans la mesure où il aura transféré l'un de ses biens à un tiers. L'actif du débiteur sera donc diminué. S'agissant de la solvabilité du débiteur, elle paraît *a priori* difficile à accomplir. Néanmoins, la jurisprudence a pu décider que si le créancier dispose d'un droit particulier sur un bien, tout acte diminuant la valeur de ce bien précis peut être attaqué, même si le débiteur reste

⁸⁷⁴ V. supra n°321 et s.

⁸⁷⁵ V. supra n°330 et s.

⁸⁷⁶ C. civ., art. 1341-2. Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1141 et s ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1154 et s. ; V. Grouber, *de l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913 ; O. Barret, *L'appauvrissement aux dépens d'autrui en droit privé*, thèse Paris I, 1985 ; P.-Y. Gautier et F. Pasqualini, *Rép. civ. D.*, V° *Action paulienne* ; L. Santonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux-Montesquieu, LGDJ, 2008.

⁸⁷⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°1141.

⁸⁷⁸ A. Bénabent, *op. cit.*, n°856.

solvable⁸⁷⁹. Dans la mesure où le créancier dispose d'un droit potestatif entre plusieurs prestations matérialisé par le choix dont il bénéficie, nous considérons que ce choix constitue un tel droit particulier, dont le domaine ne peut être amputé par le débiteur. Si ce dernier avait l'intention délibérée de nuire à son créancier en accomplissant un acte destiné à mettre en échec les droits du créancier, la fraude serait évidemment constituée. Pareillement, celle-ci est retenue dans l'hypothèse où le débiteur aurait conscience en accomplissant l'acte en question de porter préjudice à ses créanciers⁸⁸⁰. Ajoutons que la complicité d'une tierce personne devra être démontrée, si l'acte concerné est un acte à titre onéreux. Dans l'hypothèse où le débiteur agirait comme un fraudeur, la voie de l'action paulienne serait ouverte au créancier afin qu'il ne soit pas contraint de réaliser un choix non voulu ou se contenter de dommages-intérêts, en application du régime juridique des obligations disjonctives. Dès lors, l'acte frauduleux serait inopposable au créancier, lequel retrouverait une pleine liberté de choix. Ainsi, la fraude du débiteur aux droits du créancier ne peut venir fragiliser l'exercice du choix dévolu au créancier.

Sur le fondement du droit des contrats ou du régime général des obligations, le choix opéré par son titulaire reste difficile à contester de sorte que la réalisation d'un nouveau choix demeure restreinte. En raison de l'avantage qu'il confère à son bénéficiaire, il convient de se demander si le choix ne pourrait pas constituer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

2) L'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

363. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, le contrat est présumé équilibré du seul fait qu'il a été accepté par les parties⁸⁸¹. Néanmoins, dans la pratique, il arrive souvent qu'un contractant en position de force impose à son partenaire des clauses ou des obligations inégalitaires. Une clause privant de sa substance une obligation essentielle pourrait, en effet,

⁸⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 18 févr. 1971, *D.* 1972.53, note E. Agostini ; Cass. 1^{er} civ., 10 déc. 1974, *D.* 1975.777, note O. Simon ; Cass. 1^{er} civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n°324 ; Cass. 3^{er} civ., 6 oct. 2004, *Bull. civ.* III, n°163, *Deffrénois* 2005, p. 612, obs. R. Libchaber.

⁸⁸⁰ Pour des illustrations : V. notamment : Cass. 1^{er} civ., 14 févr. 1995, *Bull. civ.* I, n°79 ; *D.* 1996.391, note E. Agostini ; Cass. 1^{er} civ., 17 oct. 1979, *Bull. civ.* I, n°249, *JCP éd. G* 1981.II.19627, note J. Guestin ; *Grands arrêts*, 12^{ème} éd., t.2, n°250 ; *Deffrénois* 1980, art. 32348, p. 606, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1980.766, obs. F. Chabas.

⁸⁸¹ L'analyse du déséquilibre d'un contrat devrait s'effectuer au moment de la formation du contrat. Toutefois, c'est postérieurement à cette formation, au moment de l'exécution, qu'il est parfois invoqué un déséquilibre entre les droits et obligations ou entre les prestations des parties. C'est pourquoi nous étudions cette notion à ce stade de nos travaux.

être intégrée au contrat par le contractant en position de force. En application de l'article 1170 du Code civil⁸⁸², cette clause serait réputée non écrite. Il convient d'envisager l'application de cet article au regard de l'obligation disjonctive, et en particulier de l'existence du choix. L'obligation essentielle peut être définie comme la prestation caractéristique du contrat qui commande l'application d'une qualification nommée⁸⁸³. Le choix prive-t-il l'obligation de sa substance ? La réponse est clairement négative. Le choix ne prive pas l'obligation de sa substance. L'obligation est née au moment de l'engagement des parties et ne peut être anéantie par le choix. Le choix contribue à déterminer définitivement la prestation qui sera réalisée par le débiteur. La contrepartie fournie au contractant existe bien depuis la formation de l'obligation mais elle n'était pas de manière certaine définie, ce qui est parfaitement permis. Elle sera l'une des prestations considérées par les parties, au moment de leur engagement, comme équivalentes. En outre, le choix n'altère en rien la prestation caractéristique du contrat : soit celle-ci est la prestation due par le créancier, soit elle sera déterminée par le choix et emportera qualification de l'obligation, voire du contrat⁸⁸⁴. Le choix n'a donc pas vocation à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, au sens de l'article 1170 du Code civil.

L'équivalence des prestations n'étant pas une condition de formation du contrat, le droit ne saurait, d'une façon générale, s'intéresser au déséquilibre subi par l'une des parties au contrat, que ce déséquilibre affecte les prestations (a) ou les droits et obligations des parties (b). C'est pourquoi le droit français n'a pas admis de manière généralisée la lésion. Dans ce cadre, nous analyserons si le choix issu d'une obligation disjonctive peut constituer un tel déséquilibre.

a) L'admission limitée du défaut d'équivalence des prestations

364. Lorsque le contrat est envisagé dans son économie générale, à travers la notion d'objet du contrat, l'opération convenue entre les parties fait l'objet dans certains cas limités d'un contrôle quant à son équilibre. Comme le souligne un auteur, « *il y a certaines exceptions inspirées par le souci d'imposer un minimum de justice contractuelle, exceptions qui se sont*

⁸⁸² Cet article codifie la jurisprudence rendue notamment dans les jurisprudences Chronopost. Pour une illustration, V. notamment : Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n°261 ; *D.* 1997.175, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997.418, obs. J. Mestre ; *D.* 1997.121, note A. Sériaux ; *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *Deffrénois* 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. Mazeaud.

⁸⁸³ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats, Dossier Pratique, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016, n°306.

⁸⁸⁴ V. infra n°399 et s.

*multipliées depuis qu'on a accepté l'idée qu'une partie est souvent en état de faiblesse, voire de dépendance, envers l'autre qui peut l'avoir contrainte à accepter un contrat trop déséquilibré (qu'on dit parfois « léonin » : la part du lion). Apparaît alors un contrôle »*⁸⁸⁵. Si le contrôle laisse apparaître dans ces contrats que les prestations des parties sont disproportionnées, il peut en résulter un préjudice subi par la victime dénommé « la lésion ».

Après avoir brièvement rappelé la conception limitée de la lésion retenue par le Code civil (i), nous analyserons si l'exercice du choix peut être remis en cause sur ce fondement (ii).

i. *La conception limitée de la lésion en droit français*

365. L'acceptation de la lésion a suscité une longue controverse tant législative que doctrinale en parallèle d'une politique de justice commutative plus ou moins présente. La lésion est traditionnellement définie comme le préjudice résultant pour l'une des parties à un contrat d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent⁸⁸⁶. Dans le prolongement de la rédaction de l'ancien article 1108 du Code civil, l'article 1168 du Code civil issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁸⁸⁷ a également retenu une approche exceptionnelle de la lésion en droit français. Cet article dispose que : « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Selon la conception française, la caractérisation de la lésion ne saurait de manière générale justifier une remise en cause de l'engagement des parties et affecter la validité du contrat. Le Code civil adopte alors une conception restrictive du déséquilibre entre les prestations des parties en ne retenant la lésion que dans des cas exceptionnels. Les rédacteurs du Code civil ont pris en compte le principe de l'autonomie de la volonté et le fait que les parties sont les mieux à même de savoir si leurs prestations sont ou non équilibrées. Cette solution se justifie également par le souci de préserver la sécurité dans les relations juridiques, sans compter que la valeur économique d'une prestation n'est pas la seule à prendre en considération. Il existe une valeur qualitative à côté de la valeur quantitative ou économique⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ A. Bénabent, *op. cit.*, n°165.

⁸⁸⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°241.

⁸⁸⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁸⁸⁸ Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°405 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°243.

366. Dans cette perspective, le Code civil admet de manière restreinte la lésion à l'égard de certaines personnes ou dans certains contrats. D'une part, le législateur a souhaité protéger certaines personnes plus vulnérables que d'autres, telles que des mineurs non émancipés⁸⁸⁹, des personnes majeures placées sous sauvegarde de justice⁸⁹⁰, sous curatelle ou tutelle⁸⁹¹. Dans ce cas, la rescision pour lésion est un substitut à la nullité et intervient aux fins de protection du mineur. D'autre part, le législateur vise également à sanctionner toute personne victime d'une lésion dans certains contrats déterminés⁸⁹². La jurisprudence⁸⁹³ a généralement appliqué *stricto sensu* la conception de la lésion voulue par les rédacteurs du Code civil de 1804. Toutefois, quelques tempéraments ont été apportés, afin d'admettre la lésion à l'égard de certains contrats⁸⁹⁴. En revanche, la lésion est exclue en présence de contrats aléatoires⁸⁹⁵ selon l'adage consacré : « *l'aléa chasse la lésion* ». En acceptant une part d'aléa quant à l'objet de leurs obligations, les parties ont implicitement renoncé à toute idée d'équivalence⁸⁹⁶. Afin de caractériser la lésion, il est bien évident que l'équivalence des prestations doit s'apprécier au moment de la conclusion de l'engagement et non postérieurement à celui-ci, sauf à s'intéresser au phénomène de la théorie de l'imprévision⁸⁹⁷.

367. Dans chacun des cas qu'il consacre, le législateur a limitativement énuméré le préjudice que doit subir la victime. De manière générale, la lésion est constituée par un vice objectif tenant au défaut d'équivalence des prestations au moment de la formation du contrat. La seule preuve du déséquilibre par le cocontractant qui s'en prévaut⁸⁹⁸ entre les prestations suffit à mettre en œuvre la sanction. La lésion étant un fait juridique, la preuve pourra être rapportée par tous moyens. Selon les cas où la lésion peut être alléguée, elle est sanctionnée

⁸⁸⁹ C. civ., art. 1305.

⁸⁹⁰ C. civ., art. 435.

⁸⁹¹ C. civ., art. 465.

⁸⁹² Par exemple, le vendeur est protégé en cas de vente d'immeuble pour une lésion supérieure aux 7/12^{ème} du prix (C. civ., art. 1674).

⁸⁹³ Req., 12 juin 1945, *JCP* 1946.II.3203, note D. Bastian.

⁸⁹⁴ Un exemple nous en est donné à travers la réduction des honoraires de certains mandataires et agents d'affaires à propos desquels le juge s'est octroyé un véritable pouvoir modérateur (Cass. civ., 29 janv. 1867, *DP* 1867.1.53 ; *S.* 1867.1.245 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°266). S'en est suivie une extension aux honoraires des membres des professions libérales : architectes (Cass. 1^{er} civ., 4 mars 1958, *D.* 1958.495), avocats (Cass. 1^{er} civ., 3 mars 1998, *Bull. civ.* I, n° 85 ; *JCP* 1998.II.10115, concl. J. Sainte-Rose ; *Defrénois* 1998, p. 734, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1998.402, obs. P.-Y. Gautier.), experts-comptables (Cass. 1^{er} civ., 3 juin 1986, *Bull. civ.* I, n°150 ; *JCP* 1987.II.20791, note A. Viandier), etc. Prétendant le principe de la gratuité du mandat pour justifier sa solution, la jurisprudence tend, en réalité, à protéger les personnes face à certains professionnels, dont il est difficile de déterminer leur rémunération avant l'exécution de leur prestation.

⁸⁹⁵ Par exemple, Cass. 3^e civ., 9 janv. 1979, *D.* 1979.IR.240.

⁸⁹⁶ S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°199.

⁸⁹⁷ V. supra n°303 et s.

⁸⁹⁸ C. civ., art. 1315.

soit par la rescision pour lésion soit par la révision du contrat. La sanction traditionnelle est la rescision, laquelle est un succédané à la nullité relative.

L'acceptation de la lésion se révèle limitée en droit français. Il convient, dès lors, d'analyser si le choix de l'obligation peut être remis en cause dans ce domaine d'application restreint, sur le fondement d'un défaut d'équivalence des prestations.

ii. *L'inapplication de la lésion au choix inhérent à l'obligation disjonctive*

368. La stipulation d'une modalité disjonctive et le droit potestatif y afférents laissent apparaître un potentiel déséquilibre entre le débiteur astreint à une obligation disjonctive et l'obligation de son cocontractant, et ce surtout lorsque le choix du mode d'exécution de l'obligation est octroyé au créancier. Dans la mesure où la lésion est appréciée au moment de la formation du contrat, c'est à ce moment précis que doit être interprété le défaut ou non d'équivalence entre les prestations des parties. Il convient de rappeler qu'il s'agit dans ces développements de s'intéresser aux contrats dans lesquels la lésion trouve application, afin de savoir si le choix peut venir bouleverser l'équilibre entre les prestations afférentes à de tels contrats.

369. Le bénéfice du choix est inclus dans l'opération économique convenue par les parties qu'il appartienne au débiteur ou au créancier. En outre, le choix n'est pas une obligation pour son titulaire mais un droit contenu dans l'obligation disjonctive qui lui permet de déterminer l'objet de l'obligation ou la prestation à exécuter. Ce droit a d'ailleurs vocation à disparaître, une fois que le choix sera exercé, de sorte que l'obligation disjonctive n'est plus qu'une obligation dite « pure et simple »⁸⁹⁹. Les prestations dues par le débiteur n'étant pas cumulatives, l'équilibre de l'opération contractuelle doit se mesurer à l'aune des obligations qui seront ou pourront être exécutées. En d'autres termes, l'appréciation de l'équivalence doit être réalisée entre l'obligation disjonctive (en prenant en compte l'exécution de l'une ou de l'autre des prestations) et l'obligation de l'autre partie. Il convient de mettre en exergue que le choix n'a pas pour objet de contraindre le débiteur à accomplir l'ensemble des prestations et porte sur plusieurs prestations jugées *ab initio* comme équivalentes ou fongibles par les parties. Dès lors que les parties conviennent que leurs prestations sont équilibrées, le contrat

⁸⁹⁹ V. infra n°460 et s.

l'est également. Les contrats dans lesquels le déséquilibre pourrait être admis ne sauraient être perturbés par la stipulation d'une modalité disjonctive de l'obligation, de surcroît admise par le Code civil.

Le défaut d'équivalence entre les prestations des parties ne saurait, d'une quelconque manière que ce soit, remettre en cause le choix qui a été effectué par son titulaire, et ce d'autant que le domaine d'application de la lésion est limité à certains contrats. L'appréhension du choix au stade du déséquilibre se mesure, en réalité, à un degré supérieur en s'intéressant aux droits et obligations des parties.

b) Un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

Le choix en tant que droit potestatif pourrait créer un déséquilibre significatif entre ou dans les droits et obligations des parties au contrat. Connue du droit de la consommation et du droit de la concurrence, la notion de « déséquilibre significatif » a fait son apparition en matière de contrat d'adhésion à l'article 1171 du Code civil né de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016⁹⁰⁰. Analysons si le choix peut être remis en cause en prétextant d'un déséquilibre significatif à l'aune soit des droits spéciaux (i) soit du droit des contrats (ii).

(i) L'inapplication du déséquilibre significatif à l'aune des droits spéciaux

Dans le cadre de la protection du « faible », deux droits spéciaux retiendront notre attention au regard de la notion de déséquilibre significatif : le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence.

➤ L'absence de déséquilibre significatif au sens du droit de la consommation

370. Afin de protéger les consommateurs face à des professionnels indélicats, le législateur, depuis plusieurs décennies, a mis en place une politique de lutte contre les clauses abusives⁹⁰¹. L'article L212-1 du Code de la consommation dispose que : « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et*

⁹⁰⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁹⁰¹ Pour plus de développements sur les clauses abusives, V. notamment : G. Raymond, J.-Cl. conc. conso., fasc. 820, *Clauses abusives*, 2015 ; J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2015, n°162 et s. ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 3^{ème} éd. 2015, n°284 et s. ; N. Sauphanor-Brouillaud, *Rép. com. Dalloz, V°Clauses abusives*, 2016.

obligations des parties au contrat ». L'article L212-1 alinéa 3 du Code de la consommation ajoute que : « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Au sens de ces articles, le déséquilibre est entendu comme étant un déséquilibre accessoire. L'appréciation de ce déséquilibre se réalise *in concreto* au moment de la conclusion du contrat (quelle que soit sa nature juridique) en se référant à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion et à toutes les autres clauses du contrat⁹⁰². Le contexte dans lequel s'inscrit la clause est alors pris en considération. Selon un auteur⁹⁰³, ce déséquilibre entre les droits et obligations des parties se fait au détriment du consommateur et octroie corrélativement un avantage excessif au profit du professionnel. La clause abusive est alors réputée non écrite par le droit de la consommation.

371. Au cas de l'obligation disjonctive, le droit potestatif qu'est le choix fait sans nul doute partie de la notion de « droits », sous réserve qu'il soit stipulé dans un contrat de consommation. Il confère à son bénéficiaire un droit potestatif⁹⁰⁴ de déterminer laquelle des prestations il entend s'exécuter. Tout d'abord, mentionnons que le choix inhérent à cette modalité de l'obligation n'est référencé ni dans la liste « noire » ni dans la liste « grise » des clauses abusives établies par le pouvoir réglementaire. Les articles R212-2 1^o⁹⁰⁵, R212-1 3^o⁹⁰⁶ et R212-2 6^o⁹⁰⁷ du Code de la consommation pourraient le plus s'appliquer au choix résultant de l'obligation disjonctive. Dans l'hypothèse visée par l'article R212-2 1^o dudit Code où le professionnel serait astreint à une obligation disjonctive, il convient de rappeler que l'engagement est ferme en matière d'obligation disjonctive et que la potestativité au stade de l'exécution de l'obligation est valable⁹⁰⁸. Ainsi, la prestation du professionnel n'est pas conditionnée à sa seule volonté. En outre, la modalité de l'obligation disjonctive ayant été

⁹⁰² N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n°37 et s.

⁹⁰³ G. Paisant, « Les critères d'appréciation des clauses abusives », in *Les clauses abusives dans les contrats de consommation*, INC Hebdo n°1015, 12 déc. 1997.

⁹⁰⁴ V. supra n°196 et s.

⁹⁰⁵ C. conso, art. R212-2 1^o : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 1^o Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* ».

⁹⁰⁶ C. conso, art. R212-2 3^o : « *Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ».

⁹⁰⁷ C. conso, art. R212-2 6^o : « *Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3^o de l'article R. 212-1* ».

⁹⁰⁸ V. supra n°196 et s.

convenue *ab initio* par les parties, le choix n'a pas pour effet de permettre à l'une d'elles, telle que le professionnel, de modifier unilatéralement la prestation à exécuter. L'ensemble des prestations dues ont été déterminées communément par les parties et le titulaire du choix ne fait que mettre en œuvre leur accord. De plus, « *la loi ne se préoccupe pas de la nature de l'obligation de l'une et l'autre partie ; l'objet de l'obligation n'est pas un critère légal* »⁹⁰⁹. Enfin, la faculté de prévoir une obligation disjonctive est expressément prévue par les articles 1307 et 1308 du Code civil si bien que la légalité ne fait l'objet d'aucune contestation.

372. A travers les recommandations de la Commission des clauses abusives, un auteur⁹¹⁰ a pu mettre en exergue que celle-ci « *stigmatise l'incertitude où se trouve le consommateur quant aux obligations qu'il a souscrites au profit du professionnel* » et semble privilégier une éradication pure et simple des droits potestatifs accordés par le contrat. Une nouvelle fois, le concept d'obligation disjonctive ne place aucune des parties dans une totale incertitude quant à l'exécution des obligations⁹¹¹. Le débiteur consommateur sait par avance qu'il devra exécuter l'une ou l'autre des prestations qu'il a toutes agréées comme équivalentes. La stipulation d'une modalité de l'obligation ne crée pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

373. Par ailleurs, l'appréciation du déséquilibre significatif par les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, semble se réaliser au moment de la formation du contrat et en fonction de l'équilibre général des prestations réciproques et du principe de la liberté contractuelle. Dans leur engagement, les parties prévoient qu'en contrepartie de l'obligation du créancier, le débiteur d'une obligation disjonctive s'engage à exécuter l'une ou l'autre des prestations objets de son obligation et dont la valeur sera fonction de l'obligation de son cocontractant. Au sein de l'obligation disjonctive, les prestations ont été considérées initialement par les parties comme équivalentes et l'une d'elles sera la contrepartie de l'obligation du créancier. Ainsi, l'équilibre général des prestations réciproques est avéré. Si l'exercice du choix détermine l'objet principal du contrat, il ne peut également être considéré comme abusif, au sens de l'article L212-1 alinéa 3 du Code de la consommation. La stipulation de l'obligation disjonctive participe de l'objet même du contrat et de l'opération économique voulue par les parties de telle façon que le déséquilibre significatif ne peut

⁹⁰⁹ G. Raymond, *op. cit.*, n°30.

⁹¹⁰ J. Rochfeld, « Recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 1^{er} déc. 2003, n°1, p.22.

⁹¹¹ V. supra n°161.

s'appliquer à l'obligation disjonctive.

En conséquence, au regard du Code de la consommation, le choix conféré éventuellement au professionnel au détriment du consommateur ne peut être interprété comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. De fait, le choix que se sont réservées les parties ne peut être remis en cause sur ce fondement. La notion de déséquilibre significatif s'est étendue également dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence.

➤ L'absence de déséquilibre significatif au sens du droit des pratiques restrictives

374. Dans les relations commerciales, la loi du 4 août 2008 a consacré au sein du Code de commerce la notion de déséquilibre significatif⁹¹² entre les droits et obligations des parties. Le législateur a souhaité prendre en compte, dans les relations entre partenaires commerciaux, l'existence de clauses abusives, importées du droit consommériste, souvent imposées par des professionnels en situation de position dominante. L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce dispose, à ce titre, que : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cet article ne vise pas seulement une clause du contrat qui créerait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il concerne aussi tout fait d'un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de nature à soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à un tel déséquilibre. Ainsi, la période précontractuelle ou la simple tentative peut faire l'objet d'une telle prohibition. En outre, cet article s'applique, en raison de l'existence d'un déséquilibre significatif relatif à l'objet du contrat ou à l'adéquation du prix à la prestation. Le droit des pratiques restrictives se différencie, à ce sujet, du droit de la consommation, pour se rapprocher de la lésion.

⁹¹² Pour plus de développements, V. notamment : M. Behar-Touchais, « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *Rev. Lamy dr. conc.* 2008, n°17, p. 45 ; M. Behar-Touchais, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009-3, p. 1258 ; M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP éd. G* 2008.I.196 ; D. Ferrier et D. Ferré, « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2008-776 du 4 août 2008) », *D.* 2008.2234 ; M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc., consom.* 2008, chron. 5.

375. De plus, comme le note un auteur⁹¹³, les dispositions du Code de la consommation visent les clauses alors que celles issues du Code de commerce concernent la notion d'obligation. L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce apparaît plus précis, dans la mesure où il évoque un déséquilibre « dans » les droits et obligations des parties, tandis que les dispositions du droit de la consommation évoquent un déséquilibre « entre » les droits et obligations des parties. Ainsi, le droit commercial prend davantage en compte la relation professionnelle dans son ensemble. Toutefois, il limite son champ d'application aux professionnels qui sont des partenaires commerciaux. Le champ d'application de ce texte se révèle donc plus large. Par ailleurs, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier « *dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat* »⁹¹⁴, ce qui tranche distinctement avec la lésion et la prohibition des clauses abusives. La sanction d'un tel déséquilibre est également différente : en matière commerciale, l'auteur d'un déséquilibre significatif engage la responsabilité de son auteur, c'est-à-dire qu'il pourrait être condamné à des dommages-intérêts, alors qu'en droit de la consommation, la clause est réputée non écrite.

376. En dépit de la spécificité du contexte commercial, le Conseil constitutionnel⁹¹⁵ et la jurisprudence se réfèrent clairement à la notion de déséquilibre significatif appréhendée en droit de la consommation afin d'adopter une définition et une interprétation communes de cette notion. Cette position a également pour objet de limiter l'interprétation des juges au regard du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce d'aspect relativement large. Ainsi, le déséquilibre significatif a été défini par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 mai 2013⁹¹⁶. Un auteur a alors proposé d'entendre : « *de façon générique, le déséquilibre significatif comme un avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie, précision étant faite que cet avantage peut résulter d'une stipulation isolée ou d'un ensemble de clauses, être d'ordre financier ou consister notamment dans l'octroi d'un pouvoir unilatéral discrétionnaire, la privation d'un droit, le*

⁹¹³ M. Ponsard, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats, conc. consom.* 2013, n°5, dossier 4.

⁹¹⁴ Versailles, 27 oct. 2011, RG 10/06093, *Contrats, conc., consom.* 2012, n°2, comm.42.

⁹¹⁵ Cons. const., 13 janv. 2001, déc. n°2010-85 QPC, *RDC* 2011/2, p. 538, note M. Behar-Touchais ; *JCP éd. G* 2011.274, note D. Mainguy ; *Contrats, conc., consom.* 2011, étude 5 par J.-L. Fourgoux ; *D.* 2012.577, obs. D. Ferrier.

⁹¹⁶ Paris, 23 mai 2013, n°12/01166, *Rev. Lamy dr. conc.* avr. 2015/43, p. 26 et s : « *cette notion de déséquilibre significatif, inspirée du droit de la consommation, conduit à sanctionner par la responsabilité de son auteur, le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne* ».

transfert d'une obligation, une sanction disproportionnée au manquement ou, à l'inverse, l'absence de toute sanction »⁹¹⁷. Dans un arrêt « Eurauchan » en date du 3 mars 2015⁹¹⁸, la Cour de cassation a précisé la méthode à suivre afin d'interpréter le déséquilibre significatif. Elle a retenu une approche globale du déséquilibre eu égard au contexte dans lequel le contrat est conclu et à son économie. En outre, sur le sens à donner au terme « significatif », la Cour de cassation tend à faire de l'absence de négociation un indice fort du déséquilibre significatif. Il convient d'indiquer que la jurisprudence appliquerait différemment l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce selon que l'espèce concerne ou non le domaine de la grande distribution. Dans la première hypothèse, son application est largement admise⁹¹⁹ et va jusqu'à admettre la lésion, en dépit de la décision du Conseil constitutionnel d'interpréter cet article à l'aune du droit de la consommation écartant ce contrôle⁹²⁰. Dans la seconde hypothèse, au contraire, « l'article L. 442-6 I, 2° redevient un banal texte de droit des contrats, et le déséquilibre significatif trouve rarement à s'appliquer »⁹²¹. Notons que le ministre de l'Economie dispose d'une action autonome de protection de marché⁹²², dont son domaine d'action l'invite à s'intéresser notamment aux déséquilibres significatifs entre partenaires commerciaux. Depuis la loi du 17 mars 2014⁹²³, les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes jouissent aussi de pouvoirs afin de rechercher et de constater les infractions ou manquements aux obligations prévues par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce comprenant notamment une clause d'un contrat créant un déséquilibre significatif.

377. S'agissant de l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce aux obligations disjonctives, c'est une nouvelle fois le choix qui doit être analysé, puisqu'il confère à son titulaire un avantage supplémentaire lié à la détermination du mode d'exécution de l'obligation. Ce droit potestatif⁹²⁴ est inclus *ab initio* dans l'obligation et appartient, en fonction de la volonté des parties, aussi bien au débiteur qu'au créancier. L'appréciation de l'équilibre du choix doit se faire sur l'objet de l'obligation. La stipulation d'une obligation

⁹¹⁷ M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013.500.

⁹¹⁸ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27525 ; *Contrats, conc., consom.* 2015, n°115, note N. Mathey ; *JCP éd. G* 2015.603, note M. Behar-Touchais ; *RDC* 1^{er} sept. 2015, n°3, p. 523, note M. Behar-Touchais.

⁹¹⁹ Paris, 23 mai 2013, préc.

⁹²⁰ M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre à deux vitesses », *JCP éd. G* n°21, 25 mai 2015, doct. 603.

⁹²¹ M. Behar-Touchais, *op. et loc. cit.*, n°23

⁹²² C. com., art. L. 442-6 III.

⁹²³ L. n°2014-344, 17 mars 2014, JO 18 mars 2014.

⁹²⁴ Au sujet de la notion de « droits », V. supra n°371 nos développements relatifs au droit de la consommation.

disjonctive dans l'engagement des parties implique que les parties ont entendu conférer un choix à l'une d'elles dans la détermination des prestations à exécuter par le débiteur. Les prestations objets de l'obligation disjonctive seront, d'une part, considérées comme équivalentes par les parties, et d'autre part, devraient être en adéquation avec la prestation qui devra être fournie par le créancier. Dès lors que cette modalité de l'obligation est prévue par les parties, elle doit être considérée comme normale et proportionnée. Analysée de manière individuelle, la liberté offerte à l'une des parties dans l'objet de l'obligation à exécuter ne crée pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Toutefois, si un déséquilibre est avéré, il concernera l'obligation qui sera exécutée par le débiteur, laquelle sera disproportionnée par rapport à l'autre prestation. Un tel déséquilibre ne s'applique pas *stricto sensu* au choix. En soi, ce n'est pas la modalité disjonctive ou le choix qui pourrait créer le déséquilibre significatif mais une obligation pure et simple.

378. Réserveons, cependant, l'hypothèse où un cumul de clauses contractuelles, comprenant la modalité disjonctive, entraînerait un tel déséquilibre. Selon le Tribunal de commerce d'Evry, le déséquilibre significatif « *pourrait résulter de l'accumulation d'obligations, c'est-à-dire de clauses parfaitement licites dont seuls le nombre ou le poids créeraient l'excès prohibé* »⁹²⁵. La modalité disjonctive pourrait, dans ce cadre, faire partie d'une appréciation globale par un magistrat d'un déséquilibre de la relation contractuelle.

En conséquence, en vertu de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, le choix ne peut également pas être remis en cause. Ainsi, il conserve sa pleine efficacité. Il convient alors de nous interroger, à défaut d'application des droits spéciaux, sur le sort du choix d'une obligation disjonctive stipulé dans un contrat d'adhésion, au regard de l'article 1171 du Code civil.

- (ii) La consécration du déséquilibre significatif en matière de contrats d'adhésion par l'article 1171 du Code civil

379. Sous l'influence des articles L212-1 du Code de la consommation et L. 442-6 I, 2° du Code de commerce⁹²⁶, la dernière réforme du droit des contrats⁹²⁷ a consacré en droit

⁹²⁵ T. com. Evry, 7 févr. 2013, n°2009/F00727, *RDC* 1^{er} juill. 2013, n°3, p. 979, note M. Behar-Touchais.

⁹²⁶ Le Doyen Jacques Mestre avait également prôné, lors du bicentenaire du Code civil, pour l'introduction dans le Code civil d'un droit sur les clauses abusives : V. J. Mestre, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Litec, 2004, p.241.

commun, mais seulement pour les contrats d'adhésion⁹²⁸, la notion de « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties. L'article 1171 du Code civil énonce que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Par cette consécration, la dernière réforme du Code civil a tenu compte de l'évolution des contrats et du constat qu'aujourd'hui, de nombreux contrats sont davantage l'émanation d'une seule partie que d'une volonté commune. La réalité des contrats met, en effet, en exergue que la plupart des contrats sont des contrats d'adhésion ou des contrats types ou conditions générales, œuvres d'une seule volonté. De fait, la tentation de l'une des parties de privilégier ses intérêts au détriment de ceux de l'autre partie est prégnante. Le Code civil de 1804 ne traitait pas du déséquilibre pouvant survenir entre les droits et obligations des parties. En marge des textes, la jurisprudence a parfois sanctionné le contractant fautif sur le fondement de la bonne foi dans l'exécution des conventions, de la cause ou de la violence mais cela demeurait insuffisant. Outre l'intégration des contrats d'adhésion au sein du Code civil⁹²⁹ et de règles particulières d'interprétation⁹³⁰, la réforme tient compte de l'évolution des contrats en prévoyant des règles afférentes au déséquilibre des contrats d'adhésion dans une sous-section consacrée au contenu du contrat. Elle rattache, ainsi, cette notion à celle de l'objet (et anciennement de la cause), à l'instar de ce qu'avait fait la doctrine dans ses différentes analyses de la licéité de l'objet du contrat⁹³¹. Toutefois, en raison de l'application de l'article 1105 du Code civil⁹³², les règles issues des droits spéciaux s'appliqueront, dès lors que les conditions seront réunies si bien que le champ d'application de cet article devrait être restreint⁹³³. Ainsi, les parties ne pourront pas échapper à l'application de l'article L. 442-6 II 2° du Code de commerce (et notamment le recours aux juridictions spécialisées) en soutenant

⁹²⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁹²⁸ C. civ., art. 1110 al. 2 : « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

⁹²⁹ C. civ., art. 1108 al. 2.

⁹³⁰ C. civ., art. 1193.

⁹³¹ V. notamment, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°319 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, 1^{ère} éd. 2004, PUF, n°130 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et cause, Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n°318 et s.

⁹³² C. civ., art. 1105 : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. »

⁹³³ M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP éd. G* n°14, 4 avr. 2016, 391 ; M. Mekki, « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016.495.

l'application de l'article 1171 du Code civil. Le champ d'application de cet article du Code de commerce demeure large, puisqu'il s'applique aux contrats de gré à gré. Cet article permet également de prendre en considération la simple tentative et le déséquilibre portant sur l'objet du contrat. Ainsi, cet article aurait vocation à s'appliquer si entre professionnels, un déséquilibre significatif portant sur l'objet du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation venait à naître. La particularité, à cet égard, du droit spécial permettrait de protéger le professionnel se trouvant dans une position d'assujettissement vis-à-vis de son partenaire contractuel⁹³⁴.

380. Observons que la dernière réforme n'a pas explicité le terme « significatif »⁹³⁵. Or, ce terme n'a pas la même philosophie selon qu'il interprété en droit consumériste ou en droit des pratiques restrictives⁹³⁶ et, comme le souligne un auteur, peut comporter trois définitions⁹³⁷. L'interprétation par analogie des textes spéciaux sera vraisemblablement effectuée. A ce titre, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016⁹³⁸ mentionne que les critères d'appréciation de cette notion s'inspirent du droit consumériste⁹³⁹. La rédaction de l'article 1171 du Code civil est, d'ailleurs, plus proche du droit de la consommation que du droit des pratiques restrictives. En refusant de contrôler l'adéquation du prix à la prestation (et donc d'admettre la lésion) et en se focalisant sur le déséquilibre des prestations accessoires, le droit de la consommation tend à protéger le consommateur de son ignorance. L'esprit de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est tout autre, au sens où il a vocation à protéger un professionnel de la dépendance de son partenaire contractuel et du déséquilibre dont il pourrait être victime.

⁹³⁴ M. Mekki, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques – Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n°17, p.11.

⁹³⁵ S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., consom.* 2016, n°5, dossier 5.

⁹³⁶ V. respectivement supra n°370 et s. et n°374 et s.

⁹³⁷ R. Amaro, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc., consom.* 2014, n°8-9, étude 8 : « *La première - la plus audacieuse (ou la plus effrayante, selon les convictions de chacun) - consiste à associer cette notion à celle de lésion, entendue comme un « défaut d'équivalence économique [...] une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles ».* Dans cette perspective, le juge a la possibilité d'apprécier l'adéquation du prix à la prestation. La deuxième définition - la moins audacieuse (ou la plus raisonnable...) - cantonne la notion de déséquilibre significatif aux déséquilibres accessoires contenus dans les stipulations du contrat qui ne portent pas sur l'adéquation du prix à la prestation. Le rôle du juge est alors limité aux clauses portant sur des droits et des obligations accessoires. La troisième définition, en forme de synthèse, fait du déséquilibre une notion plastique comprenant à la fois la lésion et les déséquilibres accessoires ».

⁹³⁸ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

⁹³⁹ G. Cattalano-Cloarec, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *Essentiel Droit des contrats* 11 mars 2016, n°3, p. 6.

381. En présence d'une clause créant un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion, l'article 1171 alinéa 1^{er} du Code civil considère que la clause déséquilibrée est réputée non écrite, à l'instar du droit de la consommation.

382. Cela étant, au cas de l'obligation disjonctive, l'application de cette notion de déséquilibre significatif n'affecte pas davantage le choix, dont l'un des effets est de concentrer l'obligation sur un seul objet à exécuter. C'est à cette seule échelle de l'obligation que l'appréciation d'un déséquilibre significatif doit s'opérer. De plus, le domaine d'application de cet article 1171 du Code civil ne s'applique pas aux contrats de gré à gré, comme l'avait proposé le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. Ainsi, il se révèle limité à une typologie de contrat.

383. D'une manière générale, il est patent que la modalité disjonctive de l'obligation ne saurait constituer un déséquilibre significatif (entendu dans les trois branches du droit précédemment énoncées) entre les droits et obligations des parties. Le choix ne saurait être remis en cause, sur ce fondement. Les raisons qui militent en faveur de cette affirmation sont multiples. Tout d'abord, le choix doit être expressément convenu entre les parties au moment de la formation de l'obligation si bien que l'engagement des parties est ferme à cet instant. Puis, lors de l'exercice du choix, son bénéficiaire ne fait que mettre en œuvre la volonté des parties ayant conféré à l'une d'elles le choix entre plusieurs prestations à exécuter. Enfin, la flexibilité résultant du choix est permise par les articles 1307 et 1308 du Code civil. En réalité, grâce à l'avantage qu'il procure à son titulaire de choisir le mode d'exécution de l'obligation, le choix permet de contourner la réglementation relative au déséquilibre significatif. Il se révèle de nouveau efficient pour les parties au sens où leur opération économique pourra être réalisée au regard du principe de l'irrévocabilité du choix. En outre, la stipulation d'une obligation disjonctive permet d'éviter l'immixtion du juge dans la relation contractuelle, et ce sur le fondement de l'autonomie de la volonté.

L'un des effets intrinsèques du choix consiste à rendre définitive et irrévocable la prestation choisie par les parties. La sécurité juridique se trouve également préservée, et ce d'autant que le choix ne rétroagit pas au jour de la conclusion de l'engagement.

§ 2 : L'absence de rétroactivité de principe du choix

Une fois exercé, il convient de savoir à quel moment le choix est réputé s'accomplir. Est-ce au moment de la conclusion de l'engagement ou lors de son exercice ? En principe, le choix ne saurait emporter des effets rétroactifs (A), sauf en matière de rescision pour lésion dotée d'un régime particulier (B).

A) Un choix en principe non rétroactif

384. La doctrine classique⁹⁴⁰, raisonnant par analogie avec les obligations conditionnelles, affirmait que l'option issue de l'obligation alternative était rétroactive, depuis l'accord originaire de volontés, avec toutes les conséquences qui pouvaient en résulter. Planiol et Ripert énonçaient que « *le choix rétroagit toujours au même jour de la convention* »⁹⁴¹, à l'instar de l'obligation conditionnelle. Dans l'obligation conditionnelle entendue au sens du Code civil de 1804, le droit est censé avoir existé, non seulement du jour où la condition s'est réalisée, mais aussi du jour où le droit est né. De fait, tous les actes faits pendant cette période de latence par le titulaire du droit (le créancier) sous condition suspensive étaient consolidés. Souvent regardée comme une pure fiction juridique, la rétroactivité de la condition se justifiait essentiellement par le fait que tous les éléments de la formation du contrat (dont le consentement des parties) étaient réunis dès la conclusion du contrat, dont l'efficacité se trouvait suspendue à la survenance d'un événement futur et incertain. La rétroactivité de la condition permettait, le cas échéant, d'anéantir des actes que le débiteur aurait pu accomplir sur la prestation concernée pendant cette période *pendente conditione*. Aussi, elle concentrait tous les effets du contrat au moment de l'engagement des parties.

385. Au cas de l'obligation disjonctive et de l'obligation alternative en particulier, la rétroactivité du choix signifierait que le débiteur n'aurait jamais eu de choix et aurait exécuté la prestation au jour de la formation du contrat comme une obligation pure et simple. Par exemple, dans l'hypothèse d'un contrat de vente, le créancier de l'obligation de délivrance serait réputé être propriétaire du bien dès le moment de l'engagement des parties. Tous les actes conclus par le débiteur sur le bien entre le moment de l'engagement des parties et l'exercice du choix seraient, de fait, anéantis. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce un

⁹⁴⁰ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n°1049 ; G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. II, 3^{ème} éd. 1907, n°1684, n°1176 et s.

⁹⁴¹ M. Planiol et G. Ripert, *op. et loc. cit.*

auteur au sujet de la vente de choses alternatives entendue au sens de l'article 1584 du Code civil : « *une fois l'option exercée, elle rétroagit au jour du contrat et l'acheteur est réputé propriétaire depuis cette date. Les actes de disposition qu'il aura pu faire entre le contrat primitif et la levée de l'option sur la chose choisie sont valables et produisent effets* »⁹⁴². Cette rétroactivité peut s'avérer délicate si le débiteur a acquis ou transformé le bien durant cette période. La rétroactivité serait même de nature à dénaturer le concept d'obligation disjonctive.

386. En réalité, la rétroactivité ne s'accorde pas avec l'obligation disjonctive. Le choix ne saurait avoir un caractère rétroactif. Il ne porte pas sur la constitution de l'obligation mais sur la prestation à exécuter par le débiteur. Parfois, le créancier de l'obligation disjonctive aura même exécuté son obligation. Le choix issu de l'obligation disjonctive est destiné à régir l'avenir, lorsqu'il intervient au cours de l'exécution d'une situation juridique⁹⁴³. Conférer une rétroactivité au choix signifierait que l'obligation n'a jamais comporté de modalité disjonctive. En d'autres termes, ce serait nier l'existence d'une obligation disjonctive. Or, celle-ci a existé entre le moment de l'engagement des parties et l'exercice du choix : des actes ont pu être effectués. La sécurité juridique postule, à cet égard, une absence de rétroactivité du choix concernant la période *pendente conditione*. Il paraît, en outre, inconcevable que la prestation subsidiaire résultant d'une obligation facultative rétroagisse au jour de la conclusion de l'engagement, alors qu'elle constitue une faculté de libération du débiteur se concrétisant ou non au jour du paiement. La rétroactivité n'est, par conséquent, pas de l'essence du choix. Ainsi, lorsque le souscripteur d'obligations convertibles en actions fait le choix d'être payé par l'octroi de titres sociaux de la société émettrice, il ne sera pas réputé titulaire de ces titres au jour de sa souscription aux obligations. Il ne le sera que lors de l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital du fait de la conversion des obligations en actions, laquelle sera nécessairement postérieure à l'exercice du choix. Pareille solution doit être admise s'agissant de l'exercice du droit facultatif afférent à l'obligation facultative. Intervenant lors de la phase d'exécution de l'obligation, ce droit ne saurait rétroagir au moment de la conclusion du contrat.

387. De plus, comme le souligne un auteur, le rapprochement de l'obligation disjonctive

⁹⁴² M. Mignot, J.-Cl. civ., art. 1584, 2016, n°170.

⁹⁴³ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse Paris, 1967, n°313.

avec la condition suspensive est une « hérésie »⁹⁴⁴, tant ces modalités de l'obligation se distinguent⁹⁴⁵. A ce titre, ni les rédacteurs du Code civil de 1804 ni les rédacteurs de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁹⁴⁶ n'ont prévu cette rétroactivité. De nos jours, la condition n'emporte plus en principe d'effet rétroactif : « l'obligation produit tous ses effets à compter de l'accomplissement de la condition suspensive », énonce l'article 1304-6 alinéa 1^{er} du Code civil. La réforme du 10 février 2016 a, ainsi, mis fin à l'erreur de plume des rédacteurs du Code civil de 1804. L'accord des parties peut, cependant, prévoir que la condition rétroagira au jour de l'engagement des parties, précise le deuxième alinéa de cet article. Dès lors, aujourd'hui, le principe, tant en obligation conditionnelle qu'en obligation disjonctive, réside dans l'absence de rétroactivité de la réalisation de la condition et du choix.

388. L'absence de rétroactivité du choix se rapproche de la levée de l'option inhérente à la promesse unilatérale de contrat, dont le bénéficiaire, qui lève l'option, devient propriétaire sans aucune rétroactivité⁹⁴⁷. Telles sont les hypothèses des donations alternative et facultative⁹⁴⁸ et plus généralement des obligations à terme. De plus, il convient de rappeler que la théorie des risques et la responsabilité contractuelle régiront la période d'incertitude de l'obligation entre le moment de sa naissance et de son exécution. L'absence de rétroactivité se justifie alors pleinement en matière d'obligations disjonctives.

389. Cela étant, si les parties veulent aménager leur relation en prévoyant une rétroactivité du choix, elles le peuvent, puisque celle-ci n'est pas d'ordre public⁹⁴⁹. Toutefois, dans cette hypothèse, cela viendrait à dénaturer l'existence même du choix et de l'obligation disjonctive. Il est, ainsi, regrettable que l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁵⁰ n'ait pas expressément prévu l'absence de rétroactivité du choix, sauf disposition contraire. Même si ce principe ne prête plus à discussion, cette affirmation aurait pu davantage renforcer le mécanisme de l'obligation

⁹⁴⁴ D. Veaux, *op. cit.*, n°61.

⁹⁴⁵ V. supra n°222 et s.

⁹⁴⁶ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

⁹⁴⁷ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, 2^{ème} vol., *Principaux contrats : vente et échange*, 6^{ème} éd. 1987, par M. De Juglart, n°799.

⁹⁴⁸ R. Gentilhomme, « Les donations complexes », *JCP éd. N* 2006.1353, n°18 ; X. Bouché et X. Guédé, « Les donations optionnelles englobent les donations alternatives et facultatives », *JCP éd. N* 2002.49, n°24 ; M. Grimaldi et R. Gentilhomme, « La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *LPA* 3 juin 1999, n°110, n°16.

⁹⁴⁹ Pour une jurisprudence en matière de condition, V. notamment : Req., 10 fév. 1925, *S.* 1925.I.61.

⁹⁵⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

disjonctive.

L'exercice du choix n'est en principe pas rétroactif : l'obligation produit tous ses effets à compter du choix. En matière de rescision pour lésion, le législateur a, toutefois, prévu une hypothèse où l'exercice du choix résultant d'une obligation disjonctive est rétroactif.

B) La particularité de la rétroactivité du choix afférente à la rescision pour lésion

390. Le législateur déroge à l'absence de rétroactivité du choix au sujet de la rescision pour lésion, en vertu de l'article 1682 du Code civil⁹⁵¹. Si l'acquéreur décide de payer le complément de prix et de garder la chose, il doit s'acquitter aussi des intérêts de cette somme depuis le jour de la demande en rescision. S'il préfère rendre la chose et recevoir le prix, il rendra les fruits du jour de la demande. L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande ou du jour du paiement, s'il n'a pas perçu de fruits.

391. Au cas de la rescision pour lésion, la rétroactivité du choix se justifie pleinement. Il convient de rappeler que l'obligation alternative dont bénéficie l'acquéreur intervient afin de sanctionner un prix lésionnaire. D'une part, la rescision équivaut à prononcer une nullité relative de l'obligation eu égard à ses effets rétroactifs. Dès lors, les choses doivent être remises en l'état du jour de la lésion, à savoir au moment de la conclusion du contrat de vente. Aussi, la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur : il ne saurait donc profiter des éventuels fruits produits par la chose. Une indemnité d'occupation précaire est de surcroît due dans ce cas par l'acquéreur ayant occupé le bien sans droit et sans titre. D'autre part, si l'acquéreur paye un complément du prix, il s'agit, en réalité, d'une révision de prix. Si un « juste » prix avait été prévu au moment de la vente, le vendeur aurait disposé d'un capital égal à ce juste prix. Le législateur a donc trouvé normal de considérer qu'en étant privé d'une partie du juste prix, le vendeur se trouvait par la même privé des revenus correspondants. En conséquence, de manière spéciale, les effets du choix sont aménagés dans le droit de la vente, afin de prendre en considération sa particularité.

⁹⁵¹ C. civ., art. 1682 : « Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision. S'il préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande. L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucuns fruits ».

Cela étant, l'exercice du choix n'emporte en principe pas d'effet rétroactif. L'irrévocabilité et l'absence de rétroactivité sont pleinement justifiées et opportunes au regard du concept même de l'obligation disjonctive : les parties ont souhaité permettre à l'une d'elles de choisir au moment de l'exécution de l'obligation la prestation à exécuter. La flexibilité que se sont réservées les parties se réalise bien au moment de l'exécution de l'obligation et non au stade de la formation. Si tel avait été le cas, elles auraient déterminé la prestation à cet instant. L'exclusivité du choix au profit de l'une des parties invite à contrôler *a posteriori* le choix exercé.

Sous-Section 2 : Le contrôle *a posteriori* de l'exercice du choix

Même si le choix résulte avant tout d'un accord de volontés dans l'obligation disjonctive, il semble que la doctrine et la jurisprudence aient entendu surveiller l'exercice du choix, c'est-à-dire la détermination du mode d'exécution de l'obligation par une partie. Le contrôle de l'exercice du choix demeure contestable (A) mais son domaine demeure limité (B).

A) Un contrôle contestable de l'exercice du choix

392. Traditionnellement, au stade de l'exercice d'un droit potestatif, la jurisprudence utilise deux critères de contrôle : la bonne foi⁹⁵² et l'abus de droit⁹⁵³, lesquels font l'objet de définitions diverses. La bonne foi constitue, selon Monsieur Valory, « *l'instrument qui permet d'assurer le bon usage de la potestativité licite* »⁹⁵⁴. L'abus de droit est défini par le Doyen Cornu comme « *la faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de*

⁹⁵² Pour plus de développements, V. notamment : B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, thèse Lyon, Dalloz, coll., « Bibl. thèses », 2011 ; M. Benillouche, « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA* 29 juill. 2004, p.6 ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946.75 ; R. Vouin, *La bonne foi, Notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939 ; A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977 ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, 1979 ; A. Bénabent, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *Trav. Ass. Capitant*, 1992, p. 291.

⁹⁵³ J. Charmont, « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902.113 ; H. Capitant, « Sur l'abus de droit », *RTD civ.* 1928.365 ; L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd. 1939 ; G. Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. Lég. Jurispr.*, 1929, 33 ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix-Marseille, 1999 ; H. de la Massüe, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sur la notion d'abus de droit », *RTD civ.* 1948.27 ; A. Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron. 67 ; M. Rotondi, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD civ.* 1980.66 ; J. Karila de Van, « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995.533.

⁹⁵⁴ S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-Marseille, 1999, p. 455.

ses devoirs sociaux »⁹⁵⁵. Le critère égoïste de l'intention de nuire, autrefois développé par Ripert⁹⁵⁶ et la jurisprudence à travers l'affaire Clément-Bayart⁹⁵⁷, laisse aujourd'hui place à la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant, critère issu de la doctrine du solidarisme contractuel⁹⁵⁸ ou au critère de la finalité du droit. C'est en ce sens que Josserand définissait l'abus de droit⁹⁵⁹. Ainsi, l'exercice du droit potestatif pourra être abusif si le titulaire du choix n'a pas lors de sa décision tenu compte de l'intérêt de son cocontractant⁹⁶⁰. Il y a aujourd'hui « dans l'abus de droit l'idée de dépassement d'un droit, au sens où le droit est d'une certaine façon détourné, que ce soit pour nuire à autrui, ou même simplement pour en profiter indûment »⁹⁶¹. Quant à la bonne foi entendue au sens de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, la doctrine a retenu, à la suite de l'arrêt « Société Les Maréchaux »⁹⁶², que « la bonne foi permettait de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative consistant en une faute de comportement, à la violation d'un devoir de portée générale, distinct de l'obligation de fournir la prestation promise »⁹⁶³. En réalité, il semble que la jurisprudence évoque indistinctement l'un ou l'autre de ce critère. Les magistrats refusent généralement de s'enfermer dans un fondement donné.

393. Appliqué à l'exercice du choix de l'obligation disjonctive, l'existence d'un tel contrôle paraît contestable à plusieurs égards. Tout d'abord, aucune obligation de motivation n'est mise à la charge du bénéficiaire du choix de sorte que les motifs de son choix n'ont pas à être

⁹⁵⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd. 2016, PUF, p.7.

⁹⁵⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd. 1949, n°101.

⁹⁵⁷ Cass. civ., 3 août 1915, *Clément Bayard*, DP 1917.1.79, *Grands arrêts*, n°67, V. *Les obligations*, n°738 s.

⁹⁵⁸ Pour plus de développements au sujet de cette doctrine, V. notamment : R. Demogue, *Traité des obligations*, 1932 ; R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907.245 ; Ch. Jamin, *Demogue, juriste de l'impermanence*, Dalloz, 2013 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, thèse Bourgogne, 2003 ; L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel - Mythe ou réalité ?*, *Economica* 2004 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s. ; D. Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005.1828 ; Ch. Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *rev. conc. consom.* 1996, n°92, p.7 ; J. Cedras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Lexinter.net*.

⁹⁵⁹ L. Josserand, *op.cit.*, n°292 : l'abus de droit est défini « comme l'acte contraire au but de l'institution à son esprit et à sa finalité ».

⁹⁶⁰ J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, n°18.

⁹⁶¹ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 323.

⁹⁶² Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, n°188 ; *D.* 2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck et 2844, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007.773, obs. B. Fages ; *RDC* 2007.11.07, obs. L. Aynès et D. Mazeaud ; *Grands arrêts*, n°164 : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

⁹⁶³ D. Fenouillet, *op. cit.*

contrôlés par le juge⁹⁶⁴, comme ce peut être le cas, par exemple, de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée⁹⁶⁵. Le titulaire du choix exerce son choix relatif à la prestation à réaliser en toute liberté : c'est un trait caractéristique de l'obligation disjonctive si bien que ce contrôle porterait atteinte à son concept même. Puis, l'instauration d'un contrôle de l'unilatéralisme relatif au choix de l'obligation disjonctive paraît excessive par rapport au contrôle de l'unilatéralisme en droit des contrats. Ce contrôle est mis en place en raison de l'emprise que peut avoir un contractant sur le contrat et notamment quant à son anéantissement. Tel n'est pas le cas de l'obligation disjonctive, dont le risque de détournement du choix paraît limité compte tenu de la nécessaire délimitation des objets de l'obligation disjonctive. Le choix ne peut porter que sur les prestations convenues lors de l'engagement des parties. Aussi, la faveur du choix à l'une des parties et l'assujettissement de l'autre partie à cet exercice ont été convenus *ab initio* par les parties. Dès lors, en exerçant le choix, son bénéficiaire ne fait que mettre en œuvre l'accord des parties. Il serait donc bien curieux de pouvoir permettre à la partie assujettie à l'exercice du choix de contester celui-ci d'une quelconque manière que ce soit. Ensuite, la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie dans l'exercice du choix demeure étrange, eu égard aux fonctions multiples et aux applications dévolues à l'obligation disjonctive⁹⁶⁶. Le souhait du titulaire du choix de spéculer en exerçant son choix et la prise en compte de l'intérêt de son partenaire contractuel paraissent antinomiques. Enfin, la force obligatoire du contrat contenant une obligation disjonctive serait atteinte si une immixtion du juge dans l'accord des parties était permise.

Cependant, il est admis que le droit potestatif constitué du choix ne résiste pas au contrôle judiciaire mais ce contrôle paraît limité au cas de l'obligation disjonctive.

B) Un contrôle limité de l'exercice du choix

Le contrôle de l'exercice du choix issu de l'obligation disjonctive n'a pas été prévu par les rédacteurs du Code civil et n'a pas été traité par la réforme du 10 février 2016⁹⁶⁷. Au regard

⁹⁶⁴ A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944.1 ; L. Josserand, *op. cit.*, n°292.

⁹⁶⁵ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973 ; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 310 et s ; Ph. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Economica*, 1999, p.62 et s.

⁹⁶⁶ V. supra n°264 et s.

⁹⁶⁷ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

de la jurisprudence antérieure à cette réforme (1) et de la doctrine, nous observons que le contrôle judiciaire de l'exercice du choix n'est réalisé que d'une manière limitée et se révèle adéquat (2).

1) Les applications limitées du contrôle judiciaire du choix en jurisprudence

394. Les magistrats n'ont, semble-t-il, eu que très peu l'occasion de contrôler le choix et en particulier le droit d'option issu de l'obligation alternative. Des arrêts⁹⁶⁸ ont statué sur l'abus dans le cadre de l'exercice d'une faculté. Toutefois, il s'agissait de l'exercice d'une faculté légale et non d'un droit facultatif, tant ces deux notions sont distinctes⁹⁶⁹. Nous ne saurions, dès lors, en tirer les conséquences relativement à l'obligation facultative. S'agissant de l'obligation alternative, deux exemples nous sont fournis par la jurisprudence concernant le contrôle du choix sur le fondement de l'abus de droit.

395. Dans un arrêt en date du 10 février 1959⁹⁷⁰, la Cour d'appel de Paris a eu à s'intéresser au sort des constructions effectuées par un preneur et dont le bailleur en exigeait la démolition, conformément au contrat de bail conclu par ces parties. L'article 555 du Code civil invoqué en filigrane oblige alternativement le preneur soit à démolir les constructions soit à en concéder la propriété au bailleur⁹⁷¹. Le contrat prévoyait qu'au terme du bail, à défaut d'accord des parties, le preneur serait contraint d'enlever les constructions et de faire « place nette ». Les constructions dont il est fait mention, en l'espèce, consistent en un immeuble dont les logements sont loués à plusieurs locataires, mais dont l'administration refuse leur démolition. Le bailleur exerce le choix en réclamant en justice la démolition sous astreinte des constructions édifiées et l'octroi de dommages-intérêts. Débouté en première instance, le bailleur met en exergue que l'obligation du preneur n'est pas de réalisation impossible, même si elle se révèle plus onéreuse que l'autre branche de l'obligation. Le droit d'option résultant de l'obligation alternative était issu tant du contrat que de l'article 555 du Code civil. La Cour d'appel de Paris a également débouté le propriétaire décidant qu'il ne pouvait pas être demandé au preneur de réaliser des travaux dont le coût serait manifestement disproportionné par rapport à ce qu'il avait convenu avec son bailleur. De plus, elle a estimé

⁹⁶⁸ Cass. civ., 6 mai 1890, *S.* 1891.1.126 ; Cass. civ., 12 mars 1890, *S.* 1890.1.270 ; Cass. civ., 3 juin 1930, *DH* 1930.361 ; *DP* 1931.I.3 ; Req. 6 janv. 1980, « *on est libre d'en user ou de ne pas en user* ».

⁹⁶⁹ V. supra n°169 et s.

⁹⁷⁰ Paris, 10 févr. 1959, *D.* 1959.356.

⁹⁷¹ V. supra n°293 et s.

que le bailleur tentait d'obtenir l'immeuble construit sans verser une quelconque contrepartie financière au preneur. Dès lors, les juges du fond ont conclu à l'impossibilité pour le preneur d'exécuter la branche de l'obligation concernée afin de contraindre le bailleur à payer le coût des constructions évalué d'un commun accord ou, à défaut, par un expert. Ils ont reproché au bailleur de ne pas avoir pris en compte l'importance des frais exposés par le preneur dans le cadre de l'exercice de son droit d'option et de n'avoir cherché qu'à spéculer. La Cour d'appel a donc considéré que l'exercice du droit d'option du bailleur était abusif. La particularité de la sanction réside dans la déchéance du droit d'option reposant sur l'impossibilité d'accomplir l'obligation. L'impossibilité reste discutable, puisque le relogement des locataires dans un autre immeuble aurait probablement permis à l'administration de donner son aval à la démolition. L'abus du bailleur a été constitué par l'absence de prise en considération de l'intérêt du preneur dans l'exercice du choix. La Cour d'appel a donc exercé un contrôle sur l'exercice du choix. En réalité, en tentant de s'approprier les constructions sans contrepartie, le bailleur a détourné le choix de sa finalité. C'est pourquoi le contrôle de cet abus s'imposait. Toutefois, il ne convient pas d'analyser cette décision posant une limitation, dont la portée serait généralisable à l'exercice du choix.

396. Le second arrêt rendu par la Cour de cassation, le 7 février 2006⁹⁷², concernait l'acquisition par des personnes physiques d'une maison en viager. L'obligation des acquéreurs consistait soit à payer périodiquement une certaine somme, soit à en verser la moitié mais à réaliser des soins envers le vendeur crédentier. Connaissance prise du handicap dont a été victime l'un des acquéreurs suite à un accident de la circulation, le vendeur décida d'exercer son droit d'option en demandant l'exécution de la seconde branche de l'obligation. Constatant l'inexécution de l'obligation de soins, il demanda alors la résolution du contrat au juge. La Cour d'appel de Bordeaux fait droit le 17 mars 2003 à cette demande. Les acquéreurs se pourvoient alors en cassation. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le vendeur n'avait pas abusé de son droit et casse cet arrêt au visa de l'ancien article 1134 du Code civil⁹⁷³. En d'autres termes, il était reproché au vendeur de ne pas avoir pris en compte la situation de l'acquéreur et d'avoir exercé le choix dans le seul dessein de mettre fin au contrat. Les faits de l'arrêt mettent en exergue que le vendeur crédentier savait que l'obligation de soins était devenue impossible à exécuter en

⁹⁷² Cass. 1^o civ., 7 févr. 2006, n°03-15.394 ; *Dr. et patr.* 2006, n°152, chron. par Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2006.1796, note A. Penneau.

⁹⁷³ Article résultant de la version du Code civil de 1804.

raison de l'existence d'un handicap de l'acquéreur. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est demandée si le vendeur n'avait pas commis un abus de droit. Contrairement à ce que peuvent laisser entendre des auteurs, la Cour de cassation n'a pas contrôlé l'exercice du choix sur la notion de bonne foi⁹⁷⁴ (l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil n'est d'ailleurs pas visé par les magistrats) mais sur celle de l'abus de droit, ce qui semble conforme au contrôle de l'unilatéralisme.

Un contrôle n'est pratiqué par le juge qu'en cas d'abus de droit du titulaire du choix. Ainsi, le juge n'a vocation à intervenir *a posteriori* sur le choix que dans des cas limités. Les solutions rendues par la jurisprudence au sujet des obligations alternatives semblent bien en adéquation avec les propositions doctrinales émises au sujet de l'unilatéralisme.

2) Un contrôle adéquat de l'exercice du choix inhérent à l'obligation disjonctive

397. L'esprit du contrôle judiciaire relatif à l'exercice d'un droit potestatif réside davantage dans la mise en œuvre abusive de ce droit que dans l'existence d'un tel droit au profit du titulaire du choix. Le critère de l'abus de droit utilisé par la jurisprudence eu égard à l'exercice du choix se révèle approprié. Comme le souligne un auteur⁹⁷⁵ en matière contractuelle, le droit potestatif (i.e. le choix) doit être exécuté, conformément à la finalité de l'obligation disjonctive convenue entre les parties. La théorie de l'abus, telle que définie par Josserand, continue de prospérer. La finalité du choix réside dans la liberté et la flexibilité contractuelles que les parties ont souhaité se ménager en prévoyant une obligation disjonctive au gré du titulaire du choix. Or, la jurisprudence afférente à l'obligation alternative⁹⁷⁶ met en exergue que le choix n'a pas été exercé dans cette finalité mais dans le dessein de satisfaire les seuls intérêts de son titulaire souhaitant s'enrichir au détriment de l'autre partie ou résoudre le contrat avec l'allocation de dommages-intérêts. En d'autres termes, il est indéniable que le choix est un droit finalisé. S'il n'est pas exercé en ce sens ou à cette fin par son bénéficiaire, l'abus de droit est constitué. C'est à cette seule condition que l'intervention du juge dans l'exercice du choix se justifie. Nous pouvons observer que l'existence d'un contrôle de l'obligation disjonctive, au demeurant limité, exclut de nouveau la qualification

⁹⁷⁴ R. Cabrillac, *op. cit.*, n°354.

⁹⁷⁵ G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, n°390 et s.

⁹⁷⁶ V. supra n°395 et 396.

du choix en droit discrétionnaire⁹⁷⁷. Le choix étant susceptible d'abus, il ne peut être qualifié de droit discrétionnaire.

398. L'absence d'utilisation de la mauvaise foi par la jurisprudence dans les deux arrêts précités⁹⁷⁸ nous semble opportune tant elle s'accorde mal avec le choix inhérent à l'obligation disjonctive. La liberté octroyée au bénéficiaire du choix exclut que celui-ci puisse être contrôlé par des données subjectives, telles que le comportement ou la moralité de la personne physique titulaire du choix. La prise en compte de la bonne foi aurait aussi pour conséquence d'entraver le fonctionnement de l'unilatéralisme. Or, la stipulation d'un agissement unilatéral dans le contrat contribue à améliorer l'efficacité économique du droit⁹⁷⁹ ce qui justifie pleinement l'éviction de la bonne foi assise sur le comportement déloyal du contractant⁹⁸⁰. En revanche, la prise en compte des intérêts de l'autre contractant semble être le minimum⁹⁸¹.

Par le contrôle *a posteriori* via la notion d'abus dans l'exercice du choix, les juges visent à protéger la modalité disjonctive de l'obligation et à renforcer son efficacité. En outre, la flexibilité accordée aux parties n'est pas remise en cause. Le contrôle du juge relativement au choix de l'obligation disjonctive semble être limité. L'exercice du choix se révèle simplifié et l'exécution de l'obligation alternative peut se réaliser. Les effets liés à l'exercice du choix postulent une sécurité juridique, dans la mesure où cet exercice est à la fois irrévocable et produit ses effets à cet instant. La réalisation du choix permet sereinement de déterminer la prestation et de procéder à sa qualification juridique.

⁹⁷⁷ V. supra n°194 et s.

⁹⁷⁸ V. supra n°395 et 396.

⁹⁷⁹ S. Bros, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 1^{er} oct. 2012, n°4, p. 1452.

⁹⁸⁰ D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 1^{er} avr. 2011, n°2, p. 644.

⁹⁸¹ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 768.

Section 2 : La détermination de la qualification juridique de l'obligation et de la relation contractuelle par l'exercice du choix

Dans la mesure où l'exercice du choix influe sur l'exécution de l'obligation disjonctive, la nature de cette obligation et la qualification⁹⁸² du contrat se trouvent impactées par celui-ci. Or, nous savons que le juriste est très attaché à déterminer la catégorie juridique applicable à un cas concret, à savoir qualifier un contrat. L'absence de similitude relative à l'exigibilité des prestations issues de l'obligation alternative ou de l'obligation facultative sera, ainsi, mise en exergue. « *Alors que l'adoption d'une qualification est ordinairement préalable à l'application d'un régime juridique déterminé, il arrive que, sous l'action des volontés individuelles, plus ou moins libres selon la nature du lien créé, l'apparition de ce régime précède celle de la qualification qui lui correspond* »⁹⁸³. Nous envisagerons, ainsi, l'effet du choix sur le régime juridique de l'obligation disjonctive (Sous-Section 1) avant d'appréhender son impact sur la qualification de la relation contractuelle (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Un régime juridique différent au sein de l'obligation disjonctive

L'accomplissement du choix produit des effets différents sur le régime juridique applicable à l'obligation et sur la qualification juridique de la relation contractuelle selon que l'obligation est affectée d'une modalité facultative (§1) ou d'une modalité alternative (§2). La volonté du titulaire du choix pourrait influencer doublement sur l'obligation et sur le contrat.

§ 1 : Un régime juridique de l'obligation facultative lié à la nature de la prestation principale

399. L'obligation facultative est constituée de deux prestations, dont une seule est *in obligatione*⁹⁸⁴. Le débiteur bénéficie de la possibilité de se libérer de ses obligations en exécutant la prestation subsidiaire. En stipulant une obligation facultative, les parties conviennent de conférer une hiérarchie entre les prestations : l'une est considérée comme principale et due par le débiteur et l'autre comme subsidiaire et libératoire. Afin de déterminer

⁹⁸² J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ 3^{ème} éd. 2001, n°56 : « *La qualification apparaît comme un outil, une méthode dont se sert le juriste qui peut être définie d'une façon générale comme le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer un régime* ».

⁹⁸³ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, LGDJ, 1957, n°708.

⁹⁸⁴ V. supra, n°129.

la nature de l'obligation facultative, il convient seulement de prendre en compte la prestation principale, laquelle demeure la seule due par le débiteur. De fait, si la prestation principale est de nature mobilière, l'obligation facultative sera soumise au régime juridique des biens meubles. En revanche, la nature de l'obligation sera immobilière, lorsque la prestation principale due par le débiteur portera sur un bien immeuble. En d'autres termes, « *la considération de la prestation in facultate solutionis est indifférente* »⁹⁸⁵. La prestation subsidiaire est soumise au régime juridique applicable à l'obligation principale.

400. La détermination de la nature de l'obligation facultative déterminera au stade de l'engagement des parties le régime juridique attaché à l'obligation. Ainsi, les parties devront respecter le régime juridique des meubles ou des immeubles en fonction de la nature de la prestation principale. Par exemple, en cas d'inexécution par le débiteur de la prestation *in obligatione*, le créancier devra s'intéresser à la prestation principale afin de déterminer les règles de compétence tant d'attribution que territoriale des juridictions et ne pourra réclamer dans son assignation que la prestation principale. Toutefois, en vertu du droit facultatif, le débiteur bénéficiera de la possibilité d'exécuter la prestation subsidiaire jusqu'au jour du délibéré du jugement. Dans cette hypothèse, le régime juridique du contrat est aménagé, lorsque les nécessités pratiques l'imposent.

La qualification juridique de l'obligation facultative se trouve déterminée *a priori*. En raison du caractère *in obligatione* des deux prestations de l'obligation alternative, la nature de cette obligation ne peut être déterminée au moment de l'engagement des parties, ce qui constitue l'une des différences entre l'obligation alternative et l'obligation facultative.

§ 2 : Un régime juridique de l'obligation lié à l'exercice du choix issu de l'obligation alternative

401. L'existence de deux prestations dues en matière d'obligation alternative postule une indétermination relative de la nature de l'obligation tant que le choix n'est pas réalisé. Convenu entre les parties au stade de la formation de leur engagement, le choix permettra à l'une des parties de déterminer la prestation à exécuter. La nature de l'obligation demeure en suspens. « *Pour apprécier le caractère mobilier ou immobilier de l'obligation, il faut tenir*

⁹⁸⁵ G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n°90 B a).

compte de la prestation choisie aux fins d'exécution »⁹⁸⁶. L'obligation sera dotée d'un caractère mobilier si le titulaire du droit d'option opte pour la prestation mobilière. Réciproquement, si celui-ci opte pour une prestation immobilière, l'exercice de l'option confèrera un caractère immobilier à l'obligation⁹⁸⁷. L'exercice du choix sur tel ou tel élément objectif induira l'application d'un régime juridique différent. Ainsi, s'agissant d'une donation alternative, le donateur pourrait avoir l'obligation soit de transférer un Picasso soit de transférer une maison secondaire. Dans l'un ou l'autre cas, l'existence d'un choix aura pour effet de retarder la détermination de la prestation à exécuter et du régime juridique applicable⁹⁸⁸. Dans le cadre de son choix, le bénéficiaire pourrait être enclin à prendre notamment en compte les conséquences positives ou négatives de la soumission à tel régime juridique. La flexibilité accordée aux parties à travers le choix implique également cette appréhension. L'influence de la volonté sur les prestations objets de l'alternative est donc importante, d'autant plus que « *le rôle du juge est alors réduit* »⁹⁸⁹. Le magistrat ne saurait choisir l'une des branches de l'alternative ou contraindre le titulaire du choix à opter⁹⁹⁰.

402. Par ailleurs, lorsque le choix entre deux ou plusieurs prestations de nature différente bénéficie au débiteur et lorsque le créancier veut l'attirer en justice, ce dernier doit nécessairement demander les deux prestations. Son action constitue alors une action mixte⁹⁹¹.

403. Il convient de préciser que c'est bien l'exercice du choix⁹⁹² qui déterminera le caractère mobilier ou immobilier de l'obligation et non le paiement. Une partie de la doctrine affirmait que « *c'est le paiement seul qui déterminera sa nature : elle sera mobilière ou immobilière, suivant la nature de la chose payée* »⁹⁹³. Si le choix peut être simultané au paiement, il n'en demeure pas moins que la chronologie des événements postule que l'expression du choix peut être antérieure au paiement⁹⁹⁴. Ainsi, le régime juridique applicable devra être respecté aux fins de paiement.

⁹⁸⁶ Y. Picod, *Rép. civ. Dalloz, V° Obligations*, 2016, n°66.

⁹⁸⁷ M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n°1053.

⁹⁸⁸ Monsieur Ghazi se prononce indirectement en ce sens en traitant des conséquences du changement du contenu du lien de droit : A. Ghazi, *op. cit.*, n°674 et s.

⁹⁸⁹ F. Terré, *op. cit.*, n°702.

⁹⁹⁰ V. supra n°309 et s.

⁹⁹¹ V. supra n°165.

⁹⁹² A. Collin et H. Capitant, *op. cit.*, n°1727 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n°90 B a).

⁹⁹³ R. Pothier, *op. cit.*, n°254 ; F. Murlon, *op. cit.*, n°1238 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 2^{ème} éd. 1933, n°745 ; M. Duranton, *op. cit.*, n°157.

⁹⁹⁴ V. supra n°347 et s.

L'accomplissement du choix ne permet pas seulement de déterminer le régime juridique de l'obligation, il permet corrélativement de qualifier la relation juridique des parties.

Sous-Section 2 : La détermination corrélatrice de la qualification juridique de la relation contractuelle par l'exercice du choix

404. Le choix déterminera directement la nature de l'obligation alternative et le mode d'exécution de l'obligation par le débiteur mais aussi la nature juridique de la relation contractuelle entre les parties. La qualification de l'obligation principale du débiteur précisera la nature juridique du contrat, au regard de la prestation de son cocontractant⁹⁹⁵. Le titulaire du choix déterminera un élément essentiel du contrat qui fait défaut : l'obligation principale du débiteur. Or, il est admis qu'en vertu de la sécurité juridique, « *la volonté ne peut se substituer à un élément essentiel du contrat* »⁹⁹⁶ : elle ne peut qu'adapter les éléments du contrat aux circonstances économiques et sociales. Le choix en tant qu'expression de la volonté des parties quant au mode d'exécution de l'obligation constitue, dès lors, une exception à ce principe. Cette exception se justifie au regard de la particularité du choix en ce que son contenu est déterminé dès la formation de l'obligation par l'accord des parties. En réalité, à ce stade, la ou les qualifications possibles du contrat sont déterminables mais ne sont pas encore déterminées. La détermination de la qualification sera faite par le choix. Le choix et la volonté des parties qu'il incarne vont alors jouer un rôle prépondérant sur la qualification juridique. La qualification pourra, le cas échéant, être contrôlée par les magistrats dont ceux de la Cour de cassation, dans la mesure où elle constitue une opération de droit⁹⁹⁷.

405. Le bénéfice du choix conféré à l'une des parties permet d'opter entre plusieurs prestations dont la nature peut être différente. Par exemple, si en contrepartie d'une prestation de service, un débiteur doit à son créancier soit le paiement d'une somme d'argent soit le transfert d'un bien, la qualification juridique du contrat sera fonction du choix opéré quant à l'exécution de l'obligation. La qualification juridique de contrat d'entreprise sera retenue dans le premier cas et celle d'échange dans le second cas⁹⁹⁸. En outre, en présence d'obligations

⁹⁹⁵ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n°74.

⁹⁹⁶ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n°83.

⁹⁹⁷ Cass. 3^e civ., 30 mai 1969, *Bull. civ. III*, n°437 ; *D.* 1969.561 ; *JCP éd. G* 1970.II.16173, note G. Hubrecht ; *RTD civ.* 1970.188, obs. G. Cornu.

⁹⁹⁸ J. Ghestin, M. Biliau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°216.

convertibles en actions⁹⁹⁹, la réalisation du choix implique que les souscripteurs deviendront soit des associés de la société en cas de conversion de leurs obligations convertibles en actions, soit des créanciers demandant le remboursement desdites obligations. Aussi, en matière de rescision pour lésion immobilière, l'acquéreur dispose de la faculté soit de payer un supplément de prix ce qui a pour effet d'opérer une révision du prix, soit de rescinder le contrat en rendant le bien immobilier et en mettant fin au contrat de vente. L'exercice du choix déterminera, en conséquence, la qualification ou le sort de la relation contractuelle et l'application de règles données.

406. Il est évident, que s'agissant des obligations alternatives, la volonté des parties au stade de l'engagement puis celle du titulaire du choix au stade de l'exécution de l'obligation vont influencer la qualification du contrat. Comme le souligne Monsieur Terré, « *les volontés individuelles s'efforcent d'agir sur les qualifications afin de promouvoir les buts qu'elles se proposent d'atteindre* »¹⁰⁰⁰. Le choix sera exercé par son titulaire en fonction du but que son titulaire souhaite atteindre. A cet égard, la flexibilité offerte par l'obligation disjonctive présente tout son intérêt. Le choix et l'obligation alternative constituent une nouvelle fois des droits finalisés.

407. « *Lorsque l'obligation est stipulée facultative, l'une des prestations est érigée en obligation principale et ce constat doit logiquement servir de critère pour déterminer si l'on est en présence d'une vente ou d'un échange* »¹⁰⁰¹. La qualification du contrat est seule fonction de la prestation principale en matière d'obligation facultative. Toutefois, conformément au droit commun, l'exercice du droit facultatif pourrait induire une adaptation du contrat en fonction de la nature de la prestation subsidiaire.

Le choix constitue indéniablement la pierre angulaire de l'obligation disjonctive et participe de la structure même du contrat en ce qu'il peut agir à la fois sur le régime juridique de l'obligation mais aussi sur la qualification du contrat. La détermination de la prestation permettra l'exécution de l'obligation.

⁹⁹⁹ V. supra n°271 et n°294.

¹⁰⁰⁰ F. Terré, *op. cit.*, n°712.

¹⁰⁰¹ C. Caillé, *Rép. civ. Dalloz*, V°Echange, 2015, n°23.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le choix participe indubitablement au paiement de l'obligation, puisqu'il détermine la prestation à réaliser par le débiteur. Il rend exigible la prestation choisie. Le régime juridique attaché au choix se révèle adapté, en ce qu'il assure une certaine sécurité juridique et respecte la flexibilité et la finalité de l'obligation disjonctive.

Expressément prévu au sujet de l'obligation alternative mais applicable, par analogie, au droit facultatif, l'exercice du choix est définitif et irrévocable. Les possibilités de le remettre en cause sont assez limitées. La voie de l'action paulienne semble ouverte au créancier de l'obligation disjonctive, titulaire du choix, dans l'hypothèse où le débiteur aurait transféré les biens objets de l'obligation en fraude de ses droits. En revanche, tant sur le fondement du droit de la consommation, du Code de commerce que sur le droit commun, le choix ne saurait être appréhendé comme créant un déséquilibre significatif entre (ou dans) les droits et obligations des parties. La détermination *ab initio* du choix par les parties et l'absence de potestativité justifient notamment cette exclusion. En outre, le choix n'emporte pas d'effet rétroactif au jour du contrat. La détermination de la prestation à exécuter ne vaut que pour l'avenir. Lorsqu'une obligation alternative est stipulée, l'exercice du choix permettra également d'appliquer le régime juridique approprié à la prestation choisie. Ce régime juridique demeure méconnu tant que le choix n'est pas exercé. Le régime juridique de l'obligation facultative reste dépendant de la nature de la prestation principale et ne subit pas de changement à la suite de l'exercice du choix par le débiteur.

Ajoutons que le juge n'a vocation à contrôler *a posteriori* le choix (entendu tant en matière d'obligation alternative qu'en matière d'obligation facultative) que dans des cas limités. Les hypothèses d'abus de droit sont limitées, dans la mesure où les prestations sont prévues au moment de l'engagement des parties et seules celles-ci peuvent être choisies par le titulaire du choix. L'abus de droit pourrait être seulement constitué, si le titulaire du choix exerçait le choix dans une finalité autre que celle voulue par les parties. Ainsi, le contrôle de l'exercice du choix ne porte pas atteinte à la flexibilité et à la liberté contractuelles.

Dès lors, les effets du choix permettent d'assurer l'efficacité du concept de l'obligation disjonctive. La prestation choisie par le bénéficiaire du choix pourra alors être exécutée par le débiteur, comme une obligation ordinaire.

Chapitre 2 : Le dénouement de l'obligation disjonctive

408. L'exercice du choix permet de déterminer la prestation que devra exécuter le débiteur. En fonction de l'objectif poursuivi par les parties, le titulaire du choix va opter pour l'une des prestations prévues par les parties lors de leur engagement. La période d'incertitude entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation s'achève par la réalisation du choix. La flexibilité que se sont aménagées les parties prend également fin par l'exercice du choix. Ainsi, dans un bail à nourriture, le preneur va choisir de recevoir l'obligation de soins soit en nature soit en valeur¹⁰⁰². Dans le cadre de son engagement à rembourser un prêt souscrit en 2013 auprès d'un établissement de crédit, Monsieur Bolloré¹⁰⁰³ pouvait rembourser le prêt soit en cédant ses actions Vivendi nanties durant l'exécution du prêt, soit en procédant au paiement en numéraire. L'obligation étant un lien fonctionnel, elle n'existe qu'en vue de procurer satisfaction aux parties et notamment au créancier¹⁰⁰⁴. Celui-ci va pouvoir être désintéressé par l'exécution de la prestation déterminée par le débiteur. En d'autres termes, le paiement¹⁰⁰⁵ de l'obligation va pouvoir se réaliser. Il constitue le mode d'extinction normal et naturel de l'obligation. L'exécution de la prestation due aura pour effet d'éteindre la dette et de libérer le débiteur. « *Le paiement est la fin même de toute obligation, qui n'a de raison d'être que dans cette perspective : il en réalise l'accomplissement* »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰² Pour plus de développements sur cette notion, V. notamment : F. Millet, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *JCP éd. G*, n°11, 10 mars 2004, p. 441.

¹⁰⁰³ BFM Business, « Vincent Bolloré met en gage ses actions Vivendi », 11 sept. 2013, <http://bfmbusiness.bfmtv.com/entreprise/bollore-met-gage-actions-vivendi-600356.html>.

¹⁰⁰⁴ Y.-M. Laithier, « L'exécution des obligations contractuelles », in *Regards comparistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, vol. 9, Société de Législation Comparée, 2010, p. 144.

¹⁰⁰⁵ Pour plus de développements au sujet du paiement, V. notamment : N. Catala, *La nature juridique du paiement*, thèse Paris, 1960 ; A. Sériaux, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004.225 ; V. Loiseau, « Réflexions sur la nature juridique du paiement », *JCP éd. G* 2006.I.171 ; C. Quéstand-Finet, « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013.942 ; F. Grua, *L'obligation et son paiement, Mélanges Guyon*, D.479 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n°327 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd. 2014, n°781 et s. ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2005, n°529 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1315 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd. 2016, n°1074 et s. ; P. Maistre du Chambon, *Le régime des obligations civiles*, Presses universitaires de Grenoble, 1^{ère} éd. 1992, p. 67 et s. ; J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd. 2013, n°6 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n°862 et s. ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2014, n°1059 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd. 2014, n°472 et s. ; M. Poumarède, *Droit des obligations, Cours et travaux dirigés*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2014, n°563 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. 2, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 1959, n°1427 et s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd. 1989, n°193 et s. ; M.-L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. III, art. 1101 à 1386, 1885, art. 1235, p. 48.

¹⁰⁰⁶ A. Bénabent, *op. cit.*, n°781.

La détermination de la prestation par l'exercice du choix et le mécanisme même de l'obligation disjonctive produiront des effets tant à l'égard des parties que des tiers (Section 1). L'exercice du choix entraînera la disparition de la modalité disjonctive de l'obligation si bien que l'obligation deviendra pure et simple. Le paiement de cette obligation devra alors respecter, en principe, les dispositions du droit commun et du régime juridique applicable à la nature de l'obligation et du contrat aux fins d'extinction de la dette et de libération du débiteur (Section 2).

Section 1 : Les effets de l'exécution de l'obligation disjonctive

L'exercice du choix n'est pas neutre à l'égard du mécanisme de l'obligation disjonctive : il entraîne des effets tant entre les parties qu'à l'égard des tiers. Entre les parties, cet exercice implique le transfert de la propriété et des risques de la chose (Sous-Section 1). A l'égard des tiers, l'exercice du choix et l'exécution de l'obligation disjonctive produisent des effets à géométrie variable (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La réalisation du transfert de propriété et des risques par l'exercice du choix

L'un des aspects du régime juridique de l'obligation disjonctive, et de l'obligation alternative en particulier, le plus discuté constitue le moment du transfert de propriété des biens objets de l'obligation (§1). D'une manière dérogatoire au droit commun, le transfert de propriété de ces biens ne s'opère pas *solo consensu* (§2).

§ 1 : Le débat sur le moment du transfert de propriété

A l'instar du débat sur la rétroactivité du choix¹⁰⁰⁷, la doctrine¹⁰⁰⁸ s'est interrogée sur le moment du transfert de propriété des choses objets de l'obligation alternative eu égard à

¹⁰⁰⁷ V. supra n°384 et s.

¹⁰⁰⁸ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880, n°16 et s. ; F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881, n°1233 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. II, 3^{ème} éd. 1907, n°1684 ; A. Baydoun, *Les obligations alternatives*, thèse Paris II, 2005, p. 293 ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n°222 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II *Obligations – Contrats – Responsabilité, Droits réels, Biens-Propriété*, LGDJ, 1957, n°2258 ; J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t.12, p. 344, n°78 ; C.-B.-M. Toullier et J.-B.

l'incertitude entourant la prestation à réaliser. Le débat s'est surtout concentré sur l'hypothèse où l'obligation alternative portait sur une obligation de donner deux ou plusieurs corps certains. La doctrine ne s'étant que peu intéressée à l'obligation facultative, aucun débat n'a concerné le transfert de propriété quant aux objets de l'obligation facultative. L'analyse de celui-ci semble identique à celui de l'obligation alternative. Sans l'exercice du choix (tacite ou exprès), l'objet principal ou l'objet subsidiaire de l'obligation facultative n'est pas transféré au créancier. Conformément à l'article 1196 alinéa 1^{er} du Code civil, le transfert de propriété se réalise lors de l'échange des consentements, sauf disposition contraire. Ce transfert est instantané dès l'accord des volontés, si le bien qui en est l'objet est déterminé et individualisé. Appliqué à l'obligation disjonctive, nous voyons alors poindre la difficulté liée à l'absence de détermination de la prestation à réaliser au moment de la conclusion de l'engagement d'autant plus que le droit de propriété ne peut porter sur telle ou telle chose¹⁰⁰⁹. L'assiette de ce droit doit être précisément défini. Dès lors, nous pouvons nous demander à quel moment le créancier de l'obligation disjonctive devient propriétaire des biens objets de l'obligation. Est-ce au moment de la conclusion de l'obligation disjonctive (A) ou au moment du choix de la prestation (B) ?

A) Le transfert de propriété *ab initio* soutenu par la doctrine classique

L'idée selon laquelle le transfert de propriété des choses objets de l'obligation alternative se réaliserait au moment de l'engagement des parties a surtout été soutenue par la doctrine classique¹⁰¹⁰, et ce sur deux fondements différents.

409. D'une part, il a été avancé que l'ensemble des choses objets de l'obligation sont transférées au créancier au moment de la naissance de l'obligation. Sur le fondement de l'ancien article 1138 du Code civil et en l'absence de disposition spéciale afférente à l'obligation alternative, Demolombe considérait que l'obligation alternative était translatrice de propriété par le seul consentement des parties. Raisonnant par analogie avec la condition, il soutenait que : « *chacune des choses est due déterminément sous la condition qu'elle sera choisie par le débiteur ou par le créancier ; et il est tout simple que la condition une fois*

Duvergier, *Le droit civil français*, vol. 3, 2^{ème} partie, 6^{ème} éd. 1846, n°695, p. 431 ; M.-J. Gebler, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1. ; L. Bineau, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 2002, p. 9.

¹⁰⁰⁹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 17, 3^{ème} éd. 1878, n°221.

¹⁰¹⁰ Ch. Demolombe, *op. et loc. cit.* ; F. Mourlon, *op. et loc. cit.* ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *op. et loc. cit.*

accomplie par le choix, la propriété soit rétroactivement considérée comme ayant été transférée au créancier, dès le jour du contrat »¹⁰¹¹. A l'instar d'autres auteurs¹⁰¹², Demolombe s'appuyait sur le mécanisme de la condition suspensive pour justifier le transfert de propriété. Selon lui, une fois l'option mise en œuvre par son bénéficiaire, le créancier était devenu propriétaire de la chose désignée dès la formation de l'obligation.

410. D'autre part, des auteurs énonçaient que les deux choses étaient transférées au créancier mais chacune sous la condition résolutoire que l'une d'elles ne soit pas écartée par l'exercice du choix¹⁰¹³.

411. Dans la mesure où l'obligation facultative est perçue comme une extrapolation de l'obligation alternative, nous pouvons avancer que cette doctrine retiendrait la même approche s'agissant du transfert de propriété de la prestation choisie par le débiteur. Le transfert de propriété de la chose objet de l'obligation facultative se réaliserait, selon ces auteurs, de manière rétroactive au moment de la formation de l'obligation.

Le transfert du droit de propriété des choses objets de l'obligation au profit du créancier était considéré par la doctrine classique avoir eu lieu au moment de la conclusion de l'engagement. Cette conception tranche avec une autre partie de la doctrine soutenant que le créancier ne devient propriétaire de ces choses qu'au moment de l'exercice du choix ou du paiement.

B) Le transfert de propriété au moment du choix ou du paiement

412. Dans son exposé des motifs, le Conseiller d'État Bigot-Préameneu indiquait au sujet de l'obligation alternative que : *« lorsque l'une ou l'autre des deux choses a été promise, il y a une incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier, et de cette incertitude résulte qu'une propriété n'est transmise au créancier que par le paiement de l'une des choses. Jusqu'alors cette propriété reste sur la tête, et conséquemment aux risques du débiteur »*¹⁰¹⁴. Il assujettissait donc le transfert de la propriété de la chose au créancier au

¹⁰¹¹ Ch. Demolombe, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹² G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹³ G. Ripert et J. Boulanger, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹⁴ J.-G. Loqué, *op. et loc. cit.*

paiement de celle-ci par le débiteur. Duvergier et Toullier partageaient aussi cette analyse¹⁰¹⁵.

413. Plus récemment, la doctrine moderne¹⁰¹⁶ a précisé l'analyse du transfert de propriété à propos de l'obligation alternative. Selon elle, le transfert de propriété résulte du choix et non du paiement. Ainsi, le créancier ne deviendrait propriétaire qu'au moment de l'exercice du choix et seulement pour le bien choisi. En d'autres termes, le transfert de propriété serait « *retardé jusqu'à l'exercice de l'option* »¹⁰¹⁷. Cet exercice, convient-il de le rappeler, n'emporte pas d'effets rétroactifs, au regard de cette doctrine¹⁰¹⁸. Celle-ci soutient que le transfert de propriété de la chose ne peut s'opérer qu'à partir du moment où la chose objet de l'obligation est individualisée et déterminée. Un rapprochement peut alors être effectué avec la vente de chose de genre¹⁰¹⁹, laquelle nécessite une individualisation afin que le créancier en devienne propriétaire. Sur le fondement de l'ancien article 1138 du Code civil, ladite doctrine¹⁰²⁰ précise que le transfert de propriété se réalise par l'exécution du choix et non par le paiement. Pareil raisonnement pourrait être fait au sujet de l'obligation facultative : le transfert de propriété de la chose objet subsidiaire de l'obligation facultative se produirait à compter de l'exercice du droit facultatif. Cette solution justifierait, ainsi, le temps octroyé au débiteur pour choisir la prestation, qu'il devra exécuter pour se libérer.

En somme, la propriété des choses objets de l'obligation disjonctive ne serait pas transmise au créancier au stade de l'engagement mais lors de l'exercice du choix. Dès lors, le transfert de propriété ne s'effectuerait pas rétroactivement. C'est à cette doctrine que nous nous rangeons, dans le cadre de l'appréhension du transfert de propriété des objets de l'obligation disjonctive et que nous allons analyser. Ce transfert constitue une exception au principe de l'effet translatif *solo consensu*.

¹⁰¹⁵ C.-B.-M. Toullier et J.-B. Duvergier, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹⁶ M.-J. Gebler, *op. et loc. cit.* ; L. Bineau, *op. et loc. cit.* ; A. Baydoun, *op. et loc. cit.* ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹⁷ M.-J. Gebler, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹⁸ V. supra n°384 et s.

¹⁰¹⁹ V. supra n°66 et s.

¹⁰²⁰ L. Bineau, *op. et loc. cit.*

§ 2 : Le report du transfert de propriété à l'exercice du choix

Plusieurs raisons expliquent l'inapplication du principe du transfert de propriété *solo consensu* à l'obligation disjonctive (A). Le report du transfert de propriété au moment de l'exercice du choix induit certaines conséquences (B).

A) Les raisons du rejet de la règle du transfert *solo consensu* à l'obligation disjonctive

A l'instar de la doctrine moderne, nous estimons que le transfert de propriété au créancier des objets de l'obligation disjonctive ne peut se réaliser au moment de la conclusion du contrat, à savoir lors de l'échange du consentement des parties. L'inapplication à l'obligation disjonctive du principe du transfert de propriété *solo consensu* se justifie à plusieurs égards.

414. En premier lieu, admettre que le créancier serait propriétaire des choses objets de l'obligation disjonctive au stade de l'engagement des parties conduirait à affaiblir, voire à nier, le mécanisme de l'obligation disjonctive. Certes, la fonction de garantie de l'obligation disjonctive serait accomplie à l'égard du créancier. Toutefois, les autres fondements de stipulation d'une telle modalité seraient occultés¹⁰²¹. Jusqu'à l'exercice du choix, il pourrait éventuellement être considéré que le débiteur exécute non pas une obligation disjonctive mais une obligation cumulative, dans la mesure où il aura transféré les deux objets formant l'obligation. Il perdrait également la libre disposition des objets de l'obligation, laissée alors au bénéfice du créancier. Ce serait également considérer que l'obligation disjonctive agit au stade de la formation de l'obligation et non au stade de son exécution. Une confusion serait également créée avec la condition suspensive, même si celle-ci n'emporte en droit positif plus rétroactivité, sauf stipulation contraire¹⁰²². A l'aune des faits de l'arrêt du 7 décembre 2004¹⁰²³, la stipulation d'une obligation alternative du transporteur d'acheminer les colis soit par air soit par route serait dénuée d'intérêt, s'il était rétroactivement considéré que seul un mode de transport était applicable à cette livraison. En outre, cela signifierait que l'obligation serait exigible dès l'engagement des parties si bien que, poussant l'analyse de notre exemple à l'extrême, le transporteur pourrait être considéré comme ayant exécuté tardivement son obligation. Cette mauvaise exécution serait de nature à engager sa responsabilité contractuelle.

¹⁰²¹ V. supra n°264 et s.

¹⁰²² C. civ., art. 1304-6 al. 1.

¹⁰²³ Cass. com., 7 déc. 2004, n°03-12.032, D. 2005.2392, note Ph. Delebecque ; BTL 2005.12, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 2005.782, obs. J. Mestre et B. Fages.

415. En deuxième lieu, comme le relève Madame Gebler¹⁰²⁴, si le créancier était propriétaire des deux choses de l'obligation alternative dès la formation de l'obligation, il devrait alors s'opérer une double mutation concernant la prestation non choisie, sauf à retenir le fondement de la condition résolutoire. Outre les contraintes pratiques, cette double mutation entraînerait de nouveau le paiement éventuel de droits d'enregistrement et, le cas échéant, l'accomplissement de formalités d'opposabilité. Ajoutons qu'une telle solution conduirait à distinguer la nature des objets de l'obligation disjonctive selon qu'il s'agit d'une prestation ou du transfert d'un bien objet de l'obligation. Or, en stipulant une obligation disjonctive, les parties n'ont aucunement eu l'intention de prévoir un double transfert immédiat de propriété. Bien au contraire, elles se sont réservées aux fins de flexibilité le choix du mode d'exécution de l'obligation du débiteur.

416. En troisième lieu, il convient de mettre en exergue qu'au regard des dispositions du Code civil de 1804 ou du droit positif actuel, le principe de l'effet translatif dès l'échange des consentements n'est pas absolu. Comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 1196 du Code civil, « *ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou une disposition de la loi* ». Au cas de l'obligation disjonctive, l'indétermination de la prestation à exécuter pour le débiteur implique une impossibilité de transférer la propriété d'une chose au créancier, au moment de la conclusion du contrat. Comme le relève un auteur¹⁰²⁵, la nature de l'obligation alternative (ou facultative) conduit à exclure le transfert instantané de la propriété. Il considère que : « *dans les conventions translatives ayant pour objet des choses alternatives, le transfert n'a lieu qu'au moment où l'option aura été exercée par celui qui était investi de ce pouvoir* ».

417. Enfin, selon l'adage « *prior tempore, potior jure* », les droits ne naissent qu'au jour de leur formation régulière. Le choix postule la perfection de l'obligation. Des auteurs en déduisent que la détermination de la chose à transférer à travers l'exercice du choix n'implique pas nécessairement une délivrance ou une livraison concomitante¹⁰²⁶. Cela signifie qu'un terme peut également être stipulé pour retarder l'exigibilité de l'obligation et corrélativement le transfert de propriété.

¹⁰²⁴ M.-J. Gebler, *op. et loc. cit.*

¹⁰²⁵ Ph. Simler, *J.Cl. civ.*, art. 1136-1145, 2016, n°23.

¹⁰²⁶ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. et loc. cit.*

418. Une nouvelle fois, il est mis en exergue que le choix, au stade du paiement de l'obligation, constitue la quintessence de l'obligation disjonctive. C'est le choix qui conditionne le transfert de propriété et corrélativement le paiement de l'obligation, et ce quelle que soit l'identité du titulaire du choix. Ainsi, lors d'une donation alternative ou facultative, le transfert de propriété du bien choisi se réalise entre le patrimoine du donateur et celui du donataire au moment de l'exercice du choix. Pareillement, le droit de demander le remboursement des obligations convertibles en actions ou de revendiquer la qualité d'actionnaire ne produit ses effets qu'à compter de l'exercice du choix.

419. Bien évidemment, les parties demeurent libres de prévoir que le transfert de propriété des biens objets de l'obligation disjonctive se réalise de manière rétroactive au moment de la conclusion du contrat ou d'une date déterminée. Dans une telle hypothèse, elles s'égareraient de l'économie du mécanisme de l'obligation disjonctive.

Nous avons appliqué par extrapolation le régime juridique du transfert de propriété de l'obligation alternative à l'obligation facultative. Ce régime de l'obligation semble donc identique à ces deux modalités : l'effet translatif des choses objet de l'obligation disjonctive ne se réalise pas *solo consensu* mais lors de l'exercice du choix. Cette acception se révèle en adéquation avec l'hypothèse où les objets de l'obligation du débiteur seraient des prestations. Il serait opportun, néanmoins, que les dispositions relatives à l'obligation alternative et à l'obligation facultative précisent explicitement le moment où les objets de l'obligation sont transférés avec les risques y afférents.

B) Les conséquences d'un transfert de propriété reporté à l'exercice du choix

420. Selon l'article 1196 alinéa 3 du Code civil, le transfert de propriété implique le transfert des risques de la chose. Dès lors, le créancier se trouve investi de la propriété de la chose et des risques adjacents à celle-ci dès l'exercice du choix. Ce transfert se réalise, bien que le créancier ne soit matériellement pas en possession des biens ou qu'il n'ait pas encore lui-même exécuté ses propres obligations, lorsque l'obligation disjonctive est prévue dans un contrat synallagmatique. Si le paiement de la prestation due ne se fait pas simultanément à l'exercice du choix, il apparaît opportun de différer ses effets au moment de la livraison de la chose, laquelle pourrait elle-même être calquée sur l'exécution de l'obligation du créancier (paiement du prix, par exemple). Cette précaution permettrait de ne pas réduire à néant les

bienfaits de l'obligation disjonctive.

421. Par ailleurs, la disparition de la modalité disjonctive de l'obligation par l'exercice du choix et le transfert de propriété subséquent impliquent que l'obligation soit, désormais, traitée de manière ordinaire. Dès lors, comme le met en exergue Demolombe¹⁰²⁷, si la chose transmise est atteinte d'un vice rédhibitoire, les dispositions du droit commun relatives notamment à la garantie des vices cachés, notamment l'article 1644 du Code civil¹⁰²⁸, s'appliqueront¹⁰²⁹.

L'exercice du choix afférent à l'obligation disjonctive postule la détermination de la prestation à exécuter par le débiteur. Si celle-ci consiste pour le débiteur à transférer la propriété de corps certains, ce transfert de propriété et des risques y afférents se réalise entre les parties, sauf stipulation contraire, au moment de l'accomplissement du choix. Le choix revêt alors un caractère translatif pour le débiteur, ce qui peut impacter les tiers, dont les créanciers du débiteur. Le choix et, plus généralement, l'obligation disjonctive produisent également des effets à l'égard des tiers, que nous pouvons considérer comme étant à géométrie variable.

Sous-Section 2 : Les effets à géométrie variable de l'obligation disjonctive à l'égard des tiers

Le caractère translatif du choix implique qu'un bien sorte du patrimoine du débiteur pour intégrer celui du créancier si bien que l'exercice du choix n'est pas neutre à l'égard du droit de gage général des créanciers du débiteur¹⁰³⁰. Il convient de rappeler que le créancier n'est pas considéré comme étant propriétaire des choses objets de l'obligation disjonctive depuis la formation de l'obligation mais à compter de l'exercice du choix¹⁰³¹. Dès lors, il convient de tenir compte vis-à-vis des tiers du moment où les biens sortiront du patrimoine du débiteur. Cette analyse nécessite un traitement différencié selon que le débiteur fasse ou non l'objet d'une procédure collective. Dans le cadre de nos travaux, nous envisagerons ces deux

¹⁰²⁷ Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°61.

¹⁰²⁸ C. civ., art. 1644 : « Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix ».

¹⁰²⁹ V. supra n°207 et s. nos développements au sujet de l'inexistence d'une obligation alternative au sein de l'article 1644 du Code civil.

¹⁰³⁰ C. civ., art. 2284 et 2285.

¹⁰³¹ V. supra n°414 et s.

possibilités : *stricto sensu*, concernant les conflits entre le créancier de l'obligation alternative et les autres créanciers (§1) et *lato sensu*, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur (§2).

§ 1 : Les conflits entre le créancier de l'obligation alternative et les autres créanciers

La période d'incertitude dépendant de l'exercice du choix place le créancier, lorsque le choix lui est dévolu, dans une certaine insécurité quant à l'effectivité de son choix et à la présence dans le patrimoine du débiteur du bien choisi. Lorsque le choix est réservé au débiteur, que ce soit au titre de l'obligation facultative ou de l'obligation alternative, aucune difficulté ne se pose, dans la mesure où l'éventuelle aliénation d'un bien par ce dernier matérialise l'exercice du choix¹⁰³². En revanche, lorsque le choix bénéficie au créancier¹⁰³³, le débiteur a, notamment, pu transférer un bien objet de l'obligation alternative à un tiers durant cette période, notamment par cession ou à la suite d'une saisie. Ainsi, il convient de distinguer l'hypothèse où le bien serait revendiqué par un tiers avant (A) ou après l'exercice du choix (B).

A) La situation du créancier de l'obligation alternative antérieurement à l'exercice du choix

422. Au préalable, mentionnons que la survenance d'un conflit entre le créancier de l'obligation alternative et un tiers peut être anticipé par le contrat. Outre une interdiction du droit de disposer de l'un des objets de l'obligation alternative¹⁰³⁴, il convient de s'assurer que les biens, branches de l'obligation alternative, sont libres de toute restriction de quelque nature que ce soit. Par exemple, le débiteur ne doit pas avoir consenti à un tiers une sûreté réelle ou un droit sur le bien (promesse unilatérale de vente, pacte de préférence, etc.). En outre, la loi elle-même ne doit pas avoir restreint cette libre disposition en octroyant, par exemple, à un tiers un droit de préemption. A cet égard, la loi accorde au preneur un droit de préemption en matière de bail (bail d'habitation ou bail commercial), dans l'hypothèse où le bailleur souhaiterait vendre le logement qu'il lui loue¹⁰³⁵. Ce droit de préemption confère, par exemple, au preneur d'un bail commercial la faculté d'acquérir par préférence avant toute

¹⁰³² V. supra n°321 et s.

¹⁰³³ Nous traiterons, ainsi, nécessairement l'obligation alternative.

¹⁰³⁴ V. supra n°152 et 319.

¹⁰³⁵ L., 6 juill. 1989, n° 89-462, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 15.

autre personne le logement, selon une procédure définie à l'article L145-46-1 du Code de commerce. Si le local commercial fait l'objet de l'alternative, il est requis que le droit du preneur soit purgé avant la conclusion de l'engagement ou au plus tard avant l'exercice du choix. Au cas d'espèce, cela signifie que, dans le délai d'un mois qui lui est offert, le locataire devra avoir manifesté son souhait d'acquérir ou non le logement au prix et aux conditions proposés par le bailleur. A défaut d'une libre aliénation du bien par le débiteur (i.e. le bailleur), la situation du créancier de l'obligation alternative est fragilisée, à l'instar de celle où le débiteur aurait aliéné ledit bien avant l'exercice du choix.

423. D'une manière générale, un conflit peut naître entre le créancier de l'obligation alternative et le tiers acquéreur ou un créancier saisissant de la chose d'un bien mobilier ou immobilier du débiteur. L'opposabilité¹⁰³⁶ du ou des transfert(s) de propriété effectué(s) sera sujette à discussion.

Ces conflits se règlent différemment selon que le bien objet des débats est de nature immobilière (1) ou mobilière (2).

1) L'absence d'opposabilité du droit du créancier de l'obligation alternative sur un bien immobilier

424. En matière immobilière, il est classique de se référer aux règles de l'accomplissement des formalités de publicité foncière¹⁰³⁷ afin de trancher un conflit entre deux acquéreurs successifs d'un bien immobilier. L'article 31 du décret du 4 janvier 1955¹⁰³⁸ et l'article 1198 alinéa 2 du Code civil né de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve

¹⁰³⁶ V. notamment : F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris 2, 1979 ; D. El Rajab, *L'opposabilité des droits contractuels, Étude de droit comparé français et libanais*, thèse Paris 2, 2013 ; R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et en droit allemand*, thèse Paris I, 2002 ; J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, thèse Rennes 1, LGDJ, 1981 ; A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Paris, Dalloz, 1939, n°139 et s. ; I. Marchessaux, « L'opposabilité du contrat aux tiers », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1992, p. 67 et s. ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd. 2016, PUF, p. 713 : l'opposabilité est définie comme « l'aptitude d'un droit, d'un acte, d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (...) ».

¹⁰³⁷ V. notamment : L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, Defrénois, 9^{ème} éd. 2015 ; J. Piedelièvre et S. Piedelièvre, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014 ; M. Gobert, « La publicité foncière, cette mal-aimée », *Defrénois* 1978, p. 207 et s.

¹⁰³⁸ D., 4 janv. 1955, n°55-22 portant réforme de la publicité foncière, art. 31.

des obligations du 10 février 2016¹⁰³⁹ font prévaloir l'acquéreur qui a procédé en premier lieu à la publication de son droit auprès du service chargé de la publicité foncière de la situation de l'immeuble. L'article 28 dudit décret liste les actes devant être soumis au régime de la publicité foncière, sous peine d'inopposabilité du droit à l'égard des tiers. Sont surtout concernés par cette publicité, par application de l'article 28 1° a) de ce décret, les actes portant ou constatant entre vifs une « *mutation ou constitution de droits réels immobiliers* ». Le choix n'ayant pas été effectué, il est impossible de déterminer la nature du contrat contenant une obligation alternative¹⁰⁴⁰ de sorte que, lors de la conclusion du contrat, aucune mutation ou aucune constitution de droits réels immobiliers n'est effectuée. Le créancier de l'obligation alternative n'est pas propriétaire de la chose désignée.

425. En outre, le contrat prévoyant une obligation alternative, ou plus largement la détermination du mode d'exécution de l'obligation, relative notamment au transfert de propriété d'un immeuble n'est pas cité par le 1° de l'article 28 dudit décret. Cela étant, le 2° de cet article prévoit que : « *Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer (...)* » sont soumis à cette publicité. Néanmoins, contrairement à un auteur¹⁰⁴¹, nous estimons que la stipulation d'une obligation alternative dans un contrat ne permet pas d'appliquer cette disposition. Comme nous l'avons développé¹⁰⁴², le choix afférent à l'obligation alternative ne crée pas une indisponibilité conventionnelle ou une restriction au droit de disposer des biens objets de l'alternative. Aucun article du Code civil ne prévoit une restriction du débiteur à son droit de disposer de l'un des biens objets de l'obligation alternative. De plus, cette catégorie d'actes comportant une restriction au droit de disposer semble devoir être interprétée de manière restrictive¹⁰⁴³, si bien qu'il n'est pas loisible d'étendre cette disposition aux branches de l'obligation alternative, voire de l'obligation facultative.

426. Eu égard aux différences entre la condition et la modalité alternative de l'obligation¹⁰⁴⁴, nous ne pouvons pas non plus appliquer par analogie l'article 28 1° de ce décret relatif aux actes conclus sous conditions suspensives. La publicité facultative prévue

¹⁰³⁹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁰⁴⁰ V. supra n°401 et s.

¹⁰⁴¹ A. Baydoun, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁴² V. supra n°152 et 319.

¹⁰⁴³ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°644. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2012, n°860.

¹⁰⁴⁴ V. supra n°222 et s.

par le régime de la publicité foncière énoncée à l'article 37 du décret du 4 janvier 1955 ne vise, par ailleurs, aucun contrat comportant une telle modalité de l'obligation.

427. Dès lors, de manière générale, le contrat comportant une obligation alternative ne saurait rentrer dans le champ d'application de la notion de restriction au droit de disposer. En conséquence, le contrat contenant une obligation alternative, dont l'une des branches porte sur un immeuble, ne peut être opposable aux tiers. Tout l'intérêt consiste donc à prévoir dans le contrat une restriction au droit de disposer.

428. En conséquence, avant l'exercice du choix, il semble que le contrat contenant une obligation alternative, dont un choix est prévu quant au mode d'exécution d'un objet immobilier de l'obligation alternative, ne sera pas opposable aux tiers. L'action en revendication diligentée par le créancier de l'obligation alternative sera également vaine, car il ne sera pas encore pourvu du droit de propriété. Le créancier de l'obligation alternative ne disposera que d'un droit de créance. En cas de conflit entre un créancier de l'obligation alternative et un tiers acquéreur, ce dernier l'emportera. Le créancier choisira alors l'autre objet de l'obligation en raison de la faute du débiteur ou engagera la responsabilité de ce dernier sur le fondement de la perte de chance de ne pas avoir pu choisir entre les deux branches de l'obligation¹⁰⁴⁵.

En cas de conflit sur la propriété d'un bien meuble non immatriculé, les règles de conflit se distinguent de celles de la publicité foncière mais le créancier de l'obligation alternative ne dispose pas pour autant de droit sur la chose avant la réalisation du choix.

2) Une absence de droit du créancier de l'obligation alternative concernant les biens meubles

429. Les règles applicables aux conflits portant sur les biens meubles non immatriculés¹⁰⁴⁶ ne sont, en principe, pas assujetties à l'accomplissement de formalités particulières d'opposabilité. Le critère dégagé par les articles 1198 alinéa 1^{er} et 2276 alinéa 1^{er} du Code civil est celui de la mise en possession réelle de ce bien. Le premier article dispose que :

¹⁰⁴⁵ V. supra n°331.

¹⁰⁴⁶ Les biens meubles immatriculés font l'objet d'une publicité permettant de trancher plus facilement de tels conflits.

« lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Quant à l'article 2276 aliéna 1^{er} dudit Code, ce texte énonce que « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Appliqué à l'obligation alternative avant l'exercice du choix, nous constatons que le créancier de l'obligation alternative ne saurait, dans la majeure partie des cas, se trouver en conflit avec un acquéreur de ce bien meuble. Avant l'exercice du choix, il est vraisemblable que les biens soient conservés par le débiteur jusqu'au moment (*a minima*) de l'exercice du choix, lequel peut librement les aliéner, sauf convention contraire. Le créancier ne sera pas, avant l'exercice du choix, en possession de ce bien. L'éventuel acquéreur qui prendrait possession d'un des biens meubles formant l'objet de l'obligation alternative en premier sera préféré. Le créancier pourra soit choisir l'autre branche de l'obligation en raison de la faute du débiteur, soit mettre en œuvre la responsabilité du débiteur¹⁰⁴⁷.

430. Néanmoins, cette affirmation ne peut jouer que si le tiers acquéreur est de bonne foi, précise l'article 1198 alinéa 1^{er} *in fine* du Code civil. La bonne foi est entendue lorsque le tiers acquéreur n'a pas connaissance que son vendeur (i.e. le débiteur de l'obligation alternative) s'est engagé à transférer sous une alternative le bien qu'il souhaite acquérir. A défaut, il sera considéré comme de mauvaise foi impliquant l'inopposabilité de ce droit. La mauvaise foi sera renforcée, dans l'hypothèse où il aurait connaissance d'une interdiction faite à son cocontractant de disposer des biens objets de l'obligation alternative.

431. Nous observons qu'avant l'exercice du choix, les droits du créancier sont fragilisés en cas de transfert à un tiers d'un des biens mobiliers ou immobiliers formant l'objet de l'obligation alternative. Cette fragilité est, au demeurant, justifiée, dans la mesure où avant l'exercice du choix, le créancier ne jouit pas d'un droit de propriété sur les biens. Il ne dispose que d'un simple droit de créance. Afin de protéger ses droits et renforcer l'intérêt et l'efficacité de l'obligation alternative, il serait opportun que le législateur modifie les dispositions relatives aux obligations alternatives afin de prévoir l'interdiction pour le débiteur de disposer des biens objets de l'alternative, lorsqu'*a minima*, le choix est octroyé au créancier. Lorsque le choix de l'obligation alternative ou de l'obligation facultative profite au débiteur, aucune difficulté ne se manifeste, dans la mesure où le débiteur est, dans cette

¹⁰⁴⁷ V. supra n°330 et s.

hypothèse, considéré comme avoir exercé son choix¹⁰⁴⁸.

Si la situation du créancier de l'obligation alternative n'est pas confortable avant l'exercice du choix, elle est améliorée dès que ce dernier est exercé.

B) La situation du créancier de l'obligation alternative postérieurement à l'exercice du choix

Concomitamment à l'exercice du choix, le créancier devient propriétaire de la chose désignée, sauf stipulation contraire. Toutefois, durant la période d'incertitude, simultanément ou postérieurement à l'exercice de son choix, un conflit au sujet de la propriété du bien choisi, qu'il soit immobilier (1) ou mobilier non immatriculé (2), peut naître avec un tiers ayant acquis ce bien durant la période d'incertitude ou après l'exercice du choix.

1) La propriété de l'immeuble conditionnée à l'accomplissement des formalités de la publicité foncière

432. L'application aux immeubles des règles de la publicité foncière permet de trancher le conflit entre le créancier de l'obligation alternative ayant porté son choix sur un bien immeuble et un tiers qui aurait pu également acquérir ce bien. Le créancier de l'obligation alternative étant devenu propriétaire de la chose par l'exercice du choix, la manifestation du choix entraînera la mutation du bien immobilier du patrimoine du débiteur vers celui du créancier ainsi que l'accomplissement par ce dernier, ou plus généralement le notaire rédacteur d'actes, des formalités relatives à la publicité foncière. L'article 31 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et l'article 1198 alinéa 2 du Code civil font prévaloir celui des acquéreurs ayant accompli en premier cette formalité d'opposabilité.

433. Le créancier de l'obligation alternative sera privilégié au tiers acquéreur dans ce conflit, dès lors qu'il aura accompli en premier ces formalités. Pareillement, le droit de propriété sera reconnu au tiers acquéreur s'il a diligencé ces formalités avant le créancier de l'obligation alternative. La Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt du 10 avril 1948¹⁰⁴⁹, d'appliquer ce principe et de trancher un conflit entre le créancier de l'obligation alternative et un créancier hypothécaire. En l'espèce, il avait été convenu dans un contrat de

¹⁰⁴⁸ V. supra n°321.

¹⁰⁴⁹ Cass. civ., 10 avr. 1948, *D.* 1948.421, note R. Lenoan ; *RTD civ.* 1948.346.

travail entre un salarié et une entreprise l'apport par celui-ci d'une certaine somme d'argent et l'interdiction pour l'employeur de rompre ce contrat avant l'expiration d'un délai de dix ans. A défaut, l'employeur devait, au gré du salarié, soit lui rembourser le montant de son apport soit lui transférer la propriété d'un immeuble mis à sa disposition. Le contrat de travail ayant été rompu entre les parties à la suite de difficultés financières de l'entreprise, le salarié a exercé son droit d'option en choisissant la propriété du bien immobilier. Un contentieux est né entre le salarié et l'employeur au terme duquel il est reconnu la régularité de l'exercice du choix par le salarié et son droit de propriété sur l'immeuble à la date du choix. Toutefois, avant l'exercice du choix, des créanciers de l'employeur avaient procédé à l'inscription d'une hypothèque sur ledit immeuble. Outre une mauvaise qualification de la clause litigieuse considérée par la Cour de cassation comme une promesse unilatérale de vente, celle-ci a énoncé que les créanciers hypothécaires avaient régulièrement publié leur hypothèque antérieurement à l'exercice du choix. La saisie immobilière pratiquée ne pouvait être contestée. Elle en conclut que le créancier de l'obligation alternative ne pouvait que soit diligenter une action paulienne¹⁰⁵⁰ contre ses créanciers s'il parvenait à démontrer une fraude, soit réclamer des dommages-intérêts au débiteur (i.e. l'employeur). Dans cette hypothèse, le bien choisi par le créancier ne peut, en effet, être livré par son débiteur. En vertu de l'ancien article 1194 du Code civil, Monsieur Baydoun considérait que : « *le créancier évincé a le choix entre le prix de l'immeuble et la chose qui reste* »¹⁰⁵¹, outre la possibilité offerte à ce dernier de réclamer au débiteur des dommages-intérêts. Au regard des dispositions du Code civil¹⁰⁵² relatives à l'obligation alternative, telles que modifiées par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁰⁵³, nous estimons que cette alternative n'est pas permise au créancier. En raison de l'exercice du choix, la modalité de l'obligation ayant disparu, l'obligation est devenue pure et simple¹⁰⁵⁴. L'impossibilité pour le débiteur d'exécuter la prestation choisie par le créancier ne peut engager, selon nous, que la responsabilité de son auteur. En d'autres termes, le créancier ne pourrait, dans cette hypothèse, percevoir que des dommages-intérêts. Notons que la bonne foi ou la mauvaise foi du tiers acquéreur ou hypothécaire était, jusqu'à ladite ordonnance, indifférente¹⁰⁵⁵ concernant les règles de la publicité foncière¹⁰⁵⁶. Depuis cette

¹⁰⁵⁰ C. civ., art. 1341-2 et V. supra nos développements n°361 et s.

¹⁰⁵¹ A. Baydoun, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁵² C. civ., art. 1307 à 1307-5.

¹⁰⁵³ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹⁰⁵⁴ V. infra n°458 et s.

¹⁰⁵⁵ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°652.

ordonnance, l'article 1198 alinéa 2 *in fine* du Code civil conditionne la prédominance de la personne ayant accompli en premier les formalités au fichier immobilier à la bonne foi de l'acquéreur de droits immobiliers. Si ce dernier est de mauvaise foi, il ne sera pas préféré à l'autre acquéreur de tels droits.

L'opposabilité aux tiers des biens immobiliers est donc soumise à l'accomplissement d'une publication au fichier immobilier, que n'ont pas vocation à connaître les biens meubles non immatriculés. De manière plus prosaïque, c'est la mise en possession d'un tel bien qui est utilisée afin de trancher les conflits portant sur la propriété de ces biens.

2) La propriété du bien meuble conditionnée à la mise en possession réelle du bien

434. Concernant les biens meubles non immatriculés, l'application des articles 1198 et 2276 aliéna 1^{er} du Code civil postule la mise en possession réelle du bien afin de trancher un conflit entre deux acquéreurs successifs. Au cas de l'obligation alternative, il convient de savoir si l'exercice du choix s'est accompagné du paiement de l'obligation, à savoir du transfert du bien meuble au créancier. Si tel est le cas, il est classique de différencier si les deux acquéreurs sont de bonne ou de mauvaise foi. A l'instar de Monsieur Baydoun¹⁰⁵⁷, nous considérons que la notion de bonne foi doit être différenciée selon qu'elle a vocation à s'appliquer au créancier de l'obligation alternative ou au tiers acquéreur. Nous avons indiqué que le tiers acquéreur était réputé de mauvaise foi s'il avait connaissance de l'existence du contrat comportant une obligation alternative¹⁰⁵⁸. S'agissant du créancier de l'obligation alternative, il apparaît qu'il ne peut être réputé de mauvaise foi que s'il avait connaissance avant la conclusion de son engagement de l'existence d'un contrat translatif sur un bien meuble objet de l'alternative. S'il en prend connaissance pendant la période d'incertitude, il ne saurait être considéré de mauvaise foi, puisque son droit est né antérieurement et la conclusion d'un tel contrat ne peut être imputable qu'au débiteur. Dès lors, si le tiers acquéreur ou le créancier de l'obligation alternative était de mauvaise foi, il ne pourrait pas mettre en exergue la possession réelle du bien : le droit de propriété sera reconnu à l'autre propriétaire revendiquant.

¹⁰⁵⁶ Pour une illustration, V. notamment : Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, *Bull. civ.* III, n°5 ; *JCP éd. N* 2011, n° 4, act. 169 ; *D.* 2011.851, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2011.158, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2011.369, obs. Th. Revet ; *Dr. et patr.* juin 2011, p. 80, obs. J.-B. Seube ; *Gaz. Pal.* 9 févr. 2012, p. 11, obs. M. Mekki ; *Deffrénois* 2011, art. 39211, note C. Grimaldi.

¹⁰⁵⁷ A. Baydoun, *op. cit.*, p. 321 et s.

¹⁰⁵⁸ V. supra n°429.

435. En revanche, s'ils sont tous les deux de bonne foi, les règles du droit commun auront vocation à s'appliquer. En premier lieu, si le tiers acquéreur prend possession du bien meuble non immatriculé avant le créancier de l'obligation alternative, ce dernier ne pourra pas revendiquer ce bien. Il devra alors engager la responsabilité contractuelle de son débiteur. En revanche, si l'hypothèse contraire se réalise, le créancier de l'obligation alternative sera propriétaire du bien. En l'absence de mise en possession réelle des deux propriétaires revendiquants, l'antériorité du droit de propriété du tiers acquéreur prévaudra.

En cas de conflit avec un tiers acquéreur ou un tiers saisissant au sujet d'un bien d'un débiteur *in bonis*, la situation du créancier de l'obligation alternative est améliorée, lorsque le choix a été exercé par son titulaire. Toutefois, lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, le créancier de l'obligation disjonctive devra se soumettre aux règles du droit des procédures collectives.

§ 2 : Le traitement du créancier de l'obligation disjonctive dans la procédure collective de son débiteur

436. Lorsqu'une procédure collective¹⁰⁵⁹ est ouverte à l'encontre d'un débiteur d'une obligation disjonctive, la situation des créanciers s'en trouve affectée. A compter du jugement d'ouverture, les créanciers du débiteur, *es* qualité de personne morale¹⁰⁶⁰, ou de toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, vont être soumis à une discipline collective matérialisée notamment par une égalité des créanciers¹⁰⁶¹ et par un arrêt des poursuites individuelles¹⁰⁶². « *En cas de procédure collective, le régime général de l'obligation connaît des aménagements nécessaires qui se soumettent donc non seulement au principe d'égalité des créanciers, mais aussi à l'impératif économique de redressement de l'entreprise* »¹⁰⁶³. L'ouverture d'une procédure collective peut concerner le créancier de

¹⁰⁵⁹ Pour plus de développements sur le droit des procédures collectives, V. notamment : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2015-2016 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2014 ; D. Voinot, *Procédures collectives*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2013 ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2015.

¹⁰⁶⁰ Au regard de la réalité de la vie économique, nous avons choisi d'écarter l'analyse de la procédure de surendettement applicable aux débiteurs personnes physiques : C. conso, art. L. 330-1.

¹⁰⁶¹ M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges Breton-Derrida*, D. 1991, p. 31 ; F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP éd. G* 1998.I.138 ; J.-L. Coudert, « Dans les procédures collectives, l'égalité entre les créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? », *LPA* 1992, n°103, p. 12.

¹⁰⁶² C. com., art. L. 622-21.

¹⁰⁶³ P. Paillier, « Régime général de l'obligation et procédure collective », *RLDC* 2014, 113.

l'obligation disjonctive. Toutefois, au regard du peu d'incidence induite par l'ouverture de cette procédure sur l'obligation disjonctive, nous focaliserons nos travaux sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

437. A titre liminaire, nous excluons de nos développements l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce¹⁰⁶⁴ relatif notamment à la disproportion de garanties prises par rapport aux concours consentis, lors de l'ouverture d'une procédure collective¹⁰⁶⁵. Certes, l'obligation disjonctive peut être contractée à des fins de garantie¹⁰⁶⁶. Cependant, l'obligation disjonctive n'est pas à titre principal une garantie¹⁰⁶⁷ : elle constitue une modalité de l'obligation et un mécanisme du régime général des obligations, dont l'objet est d'aménager l'obligation en produisant des effets seconds de garantie. L'obligation disjonctive peut, à notre avis, exister dans la garantie consentie par le débiteur ou via l'engagement du débiteur à fournir telle ou telle garantie à son créancier en garantie des concours consentis mais non en tant que mécanisme autonome. En outre, afin de garantir ces concours, l'obligation disjonctive n'a pas vocation à se substituer à un nantissement de compte-titres, à une garantie autonome, etc. Comme le souligne un auteur à propos du crédit-bail, « *il n'est pas certain cependant que le crédit-bail, mécanisme combinant indissociablement, en une opération par hypothèse unique, concours et garantie, soit de nature à faire apparaître une disproportion au sens de l'article L650-1, la garantie ne pouvant de surcroît guère y être regardée comme prise en contrepartie du concours* »¹⁰⁶⁸. Il en est de même de l'obligation disjonctive, qui sera contractée afin de faciliter l'exécution d'une obligation et produira, le cas échéant, des effets seconds de garantie. En cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur, l'article L. 650-1 du Code de commerce ne s'appliquera pas

¹⁰⁶⁴ C. com., art. L. 650-1 : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.* Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ».

¹⁰⁶⁵ Pour plus de développements sur l'article L. 650-1 du Code de commerce, V. notamment : J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L650-1 du Code de commerce », *D.* 2006.1743 et s., spéc. 1748, n°19 ; R. Routier, « L'article L650-1 du Code de commerce : un article détonnant pour le débiteur et détonnant pour le contribuable ? », *D.* 2006.2916, n°10 ; D. Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP éd. E* 2005.1510, p. 1747, n°3 ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un cadeau empoisonné ? », *D. aff.* 2006, chron. 69.

¹⁰⁶⁶ V. supra n°265 et s.

¹⁰⁶⁷ A l'instar de l'acceptation retenue de la garantie en matière d'autorisation du conseil d'administration d'une société anonyme : V. supra n°275.

¹⁰⁶⁸ J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *op. cit.*, n°19.

au contrat contenant une obligation alternative ou une obligation facultative.

Nous avons pu analyser l'influence d'une telle procédure sur la capacité juridique du représentant légal et le sort des contrats en cours avant l'exercice du choix¹⁰⁶⁹. Postérieurement à cet exercice et dans la perspective du paiement de l'obligation, il convient de s'intéresser au traitement de l'obligation disjonctive au regard des nullités de la période suspecte (A) et du traitement du créancier face au principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures (B).

A) Un traitement « préférentiel » de l'obligation disjonctive au regard des nullités de la période suspecte

438. Le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut déterminer une période dite « suspecte ». En application de l'article L. 631-8 du Code de commerce, le tribunal peut faire rétroagir, dans la limite toutefois de dix-huit mois, la date de cessation des paiements avant le jugement d'ouverture. La période suspecte correspond alors à la période comprise entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Certains actes peuvent être annulés par les organes de la procédure, s'ils ont été accomplis durant cette période. « *On peut craindre que le débiteur en cessation des paiements ne cherche soit à organiser son insolvabilité en dissimulant une partie de ses biens, soit à avantager certains de ses créanciers au détriment du principe d'égalité* »¹⁰⁷⁰. Les articles L. 632-1 à L. 632-3 du Code de commerce distinguent trois catégories de nullité¹⁰⁷¹. Il convient alors d'envisager si l'obligation disjonctive, ou plus largement le contrat contenant une telle obligation, peut être annulée sur le fondement des nullités de la période suspecte. Excluons, tout d'abord, de nos développements la catégorie des nullités dites interdites visée par l'article L. 632-3 du Code de commerce au sens où le paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque demeurent valables. S'agissant de moyens de paiement, ils n'ont, en effet, pas vocation à s'appliquer à l'obligation disjonctive. La validité de l'obligation disjonctive doit alors être étudiée au regard des nullités

¹⁰⁶⁹ V. supra n°255 et s.

¹⁰⁷⁰ M.-L. Coquelet, *op. cit.*, n°325.

¹⁰⁷¹ Pour plus de développements sur les nullités de la période suspecte, V. notamment : G. Blanc, « Les nullités de la période suspecte dans la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006. 66 et s. ; E. Mouial-Bassilana, « L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde », *D. aff.* 2006, 1950 et s. ; F. Vinckel, « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe l'œil », *JCP éd. E* 2006.III.1118, p. 14. ; G. Wicker, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 12 et s.

dites « de plein droit » et des nullités dites « facultatives ».

439. L'article L. 632-1. I du Code de commerce énumère une liste d'actes qui sont nuls de plein droit, lorsqu'ils ont été accomplis pendant la période suspecte. Lorsque le tribunal est saisi de l'un de ces actes, il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. L'acte étant présumé irréfragablement frauduleux, il doit prononcer sa nullité. Le II de l'article L. 632-1 et l'article L. 632-2 du Code de commerce traitent des nullités facultatives octroyant au magistrat un pouvoir d'appréciation quant à l'annulation ou non de l'acte. Nous pouvons alors nous interroger sur le sort de la conclusion d'un contrat comportant une obligation disjonctive (1) mais aussi du sort de l'exécution de cette dernière à travers l'exercice du choix (2).

1) Le risque de nullité du contrat comportant une obligation disjonctive

440. Selon l'article L. 632-1. I du Code de commerce, sont nuls de plein droit les actes à titre gratuit translatifs de propriété immobilière ou mobilière et les contrats commutatifs dans lesquels les obligations du débiteur excèdent notablement les obligations de l'autre partie conclus pendant la période suspecte. Constituant des actes d'appauvrissement, ces actes sont annulés dans le dessein de reconstituer le patrimoine du débiteur. La stipulation d'une obligation disjonctive dans un acte de donation est relativement fréquente. Au regard de ce texte, la conclusion d'une donation alternative ou d'une donation facultative pendant la période suspecte sera annulée par le tribunal. La nature translative de l'acte est, en effet, avérée même avant l'exercice du choix : seul le bien légué n'est pas encore défini. En outre, la conclusion ou la réalisation de telles donations dans un délai de six mois précédent la date de cessation des paiements pourra être annulée par le tribunal, lequel dispose d'un pouvoir d'appréciation au regard des actes à titre gratuit accomplis durant cette période, conformément au II de l'article L. 632-1 du Code de commerce.

441. S'agissant du contrat commutatif, seule l'annulation d'un contrat déséquilibré comportant une obligation alternative demeure possible. Il convient simplement de rappeler, à cet égard, que le principe en droit français réside dans l'équilibre des contrats si bien que l'existence d'un tel déséquilibre devra être démontrée par les organes de la procédure.

Un acte à titre gratuit ou un contrat commutatif déséquilibré comportant une obligation disjonctive conclu pendant la période suspecte sera annulé par le tribunal. Il peut également en être de même des donations alternatives ou facultatives conclues dans les six mois précédant la date de cessation des paiements du débiteur. En conséquence, le régime des nullités de la période suspecte peut faire peser un risque de nullité sur les légataires de biens prévus dans une donation alternative ou facultative pendant une période maximale de vingt-quatre mois. Tel n'est pas le cas d'un contrat conclu antérieurement à la période suspecte mais dont l'exécution se produit durant la période suspecte.

2) Le sort de l'exécution de l'obligation face aux nullités de plein droit

442. Dans le cadre de l'exécution d'une obligation disjonctive pendant la période suspecte mais contractée avant celle-ci, il convient de s'intéresser tant à l'exercice du choix (a) qu'à son exécution (b).

a) L'exercice du choix pendant la période suspecte

L'article L. 632-1 du Code de commerce ne semble pas s'appliquer au choix, et ce quelle que soit l'identité de son titulaire.

443. D'une part, le fondement des nullités de la période suspecte postule l'annulation des actes, dont le débiteur a pris seul l'initiative, et qui seraient considérés comme frauduleux. Lorsque le choix est réservé au créancier, le débiteur n'intervient nullement dans cet exercice, puisqu'il n'a pas à y consentir¹⁰⁷². De fait, dans cette hypothèse, le choix ne pourra pas être annulé par le tribunal. L'obligation du débiteur sera donc définitivement déterminée par l'exercice du choix.

444. D'autre part, lorsque le choix est réservé au débiteur, la liste des actes nuls de plein droit ne mentionne pas l'exercice du choix, ou plus généralement, le choix du mode d'exécution de l'obligation, qui serait déterminé postérieurement à la date de cessation des paiements. Le choix n'étant pas qualifié d'acte unilatéral¹⁰⁷³, il n'a pas vocation à faire partie de cette liste. En raison de ses caractéristiques, le choix ne peut, au demeurant, pas être

¹⁰⁷² V. supra n°212 et s.

¹⁰⁷³ V. supra n°212 et s.

considéré comme un paiement, une autorisation ou une levée d'option de souscriptions d'actions, telle que prévue par l'article L. 225-177 du Code de commerce.

445. De plus, la constitution de sûretés pendant cette période (hypothèque, gage, nantissement ou affectation dans un patrimoine fiduciaire) pour des dettes antérieurement contractées sera nulle, en vertu des 6^o, 9^o et 10^o de l'article L. 632-1 du Code de commerce. Il en est de même de la conclusion d'un contrat cadre de sûreté offrant au débiteur la possibilité de fournir telle ou telle sûreté¹⁰⁷⁴.

L'exercice du choix, tant par le créancier que par le débiteur, est donc parfaitement valable durant la période suspecte, à l'instar de l'exécution de l'obligation disjonctive.

b) L'exécution de la prestation choisie par le débiteur pendant la période suspecte

446. Le choix a pour objet de déterminer le mode d'exécution de l'obligation et rend l'obligation exigible¹⁰⁷⁵. L'exécution de l'obligation disjonctive par le débiteur, concomitamment ou postérieurement au choix, vaudra paiement. Or, sur le fondement du principe d'égalité des créanciers, les 3^o et 4^o de l'article L. 632-1 du Code du commerce considèrent automatiquement comme nuls les paiements réalisés de manière anormale. Sont perçus comme anormaux les paiements intervenant soit pour une dette non encore échue soit pour une dette échue mais effectuée par un mode de paiement anormal.

447. L'obligation disjonctive sera échue dès l'exercice du choix¹⁰⁷⁶, sauf si un terme a été stipulé à l'obligation disjonctive. De fait, il convient de se demander si cette obligation peut échapper à la nullité. Le 4^o de l'article L. 632-1 du Code de commerce considère comme nul: « *tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* ». Ce texte, dont notamment le terme « espèces », est interprété largement par la doctrine, laquelle s'accorde pour considérer comme valables tous les paiements portant sur la

¹⁰⁷⁴ S'agissant du principe de ce contrat, V. supra n°282.

¹⁰⁷⁵ V. infra n°462 et s.

¹⁰⁷⁶ V. infra n°462.

chose due¹⁰⁷⁷. En d'autres termes, l'article L. 632-1, I, 4° du Code de commerce ne s'appliquera pas si le débiteur paye la prestation initialement convenue au créancier¹⁰⁷⁸. Appliqué à l'obligation alternative, le paiement de l'une des prestations de l'obligation alternative pendant la période suspecte ne saurait être invalidé par le tribunal, puisqu'elles sont tous dues par le débiteur depuis l'engagement des parties. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 27 mars 1933¹⁰⁷⁹. En l'espèce, une reconnaissance de dette avait été signée par une personne physique : elle s'engageait vis-à-vis d'un prêteur à rembourser le prêt soit en numéraire soit en nature par la cession des terrains acquis à travers le prêt bancaire. Celle-ci ayant fait l'objet d'une faillite, le syndic¹⁰⁸⁰ a demandé au tribunal de première instance de Colmar le rapport à la masse des immeubles acquis par le créancier en application des anciens articles 446 et 447 du Code de commerce relatifs à la cessation des paiements. Ledit tribunal a refusé cette demande en considérant que la cession des terrains faisait bien partie de l'obligation du débiteur et qu'il ne s'agissait pas d'une dation en paiement. En outre, il affirme que le paiement en numéraire signifie un paiement par lequel le créancier reçoit la chose qui lui est due. Il est également précisé que la connaissance de la situation précaire d'un débiteur n'équivaut pas à la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Enfin, il est mis en exergue que le choix de l'obligation alternative avait été dévolu au créancier, de sorte que le débiteur en difficultés n'était pas à l'origine du paiement. L'argumentation du tribunal de Colmar est confirmée par la Cour d'appel de Colmar.

448. Cet arrêt se révèle riche en enseignements. A partir du moment où la stipulation d'un autre mode de paiement de l'obligation est stipulée *ab initio* dans le contrat, le paiement est jugé parfaitement licite. Ainsi, le paiement de l'obligation facultative sera considéré comme valable, puisque le débiteur dispose de la faculté conventionnelle ou légale de se libérer par un objet subsidiaire à celui qui est dû. *A contrario*, le paiement fait par un débiteur à l'un de ses créanciers par une prestation autre que celle qui a été convenue est nul. Il est, en effet,

¹⁰⁷⁷ M.-J. Campana-Reymond de Gentile, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse Paris 2, Sirey 1973, coll. Bibl. dr. com., t. 25, n°3, p. 67 ; C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, J.-Cl. com, fasc. 2505, *Redressement et liquidation judiciaires, Nullités de droit, Régime des paiements*, 2015 ; F. Bicheron, *La dation paiement*, thèse Paris II, 2006, n°573 ; A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris 2, LGDJ, 1974, n°630 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n°823.21 ; A. Baydoun, *op. cit.*, p. 339.

¹⁰⁷⁸ V. par exemple, Cass. com., 5 mai 2004, n°01-17244 ; Cass. com., 30 juin 1970, *Bull. civ.* IV, n°226.

¹⁰⁷⁹ Colmar, 27 avr. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, p. 295 et s.

¹⁰⁸⁰ Le syndic correspond de nos jours à l'administrateur judiciaire.

considéré que le changement d'objet porte préjudice aux autres créanciers¹⁰⁸¹. En d'autres termes, la dation en paiement effectuée en période suspecte est nulle de plein droit¹⁰⁸². C'est d'ailleurs sur ce terrain que se fondait le syndic dans l'arrêt rapporté. La nullité du paiement est encourue dès lors que le mode de paiement initial est modifié. Le rejet de la qualification en dation en paiement de l'obligation facultative¹⁰⁸³ est d'autant plus renforcé, au regard de l'application du droit des procédures collectives¹⁰⁸⁴.

449. Ainsi, le paiement de l'obligation disjonctive ne constitue pas un mode de paiement jugé anormal dans la mesure où la prestation exécutée a été prévue dès l'engagement des parties. Ce serait, à défaut, nier la particularité de cette modalité de l'obligation. De plus, l'anormalité du paiement ne saurait être retenue, lorsque le choix est réalisé par le créancier. Dans cette hypothèse, le paiement n'émane pas du débiteur et ne peut être invalidé. La volonté du débiteur d'exécuter l'une des prestations s'est manifestée en amont de la date de cessation des paiements, à savoir au moment de l'engagement des parties. Toutefois, il convient de mesurer cette affirmation au regard de la possibilité octroyée au magistrat, au titre des nullités facultatives¹⁰⁸⁵, d'annuler soit un paiement pour dettes échues effectué depuis la date de cessation des paiements, soit un acte à titre onéreux conclu depuis cette date, si le créancier de l'obligation alternative avait connaissance de la cessation de paiement de son débiteur. Dès lors, le tribunal devra rechercher si le créancier de l'obligation alternative en contractant avec le débiteur, dans l'une de ces deux hypothèses, avait connaissance de l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Toutefois, il nous semble que la preuve ne sera pas aisée à rapporter, même si elle peut l'être par tous moyens.

De fait, afin que l'obligation alternative puisse produire tous ses effets et ne pas tomber sous les foudres de la nullité de plein droit, il est requis qu'elle soit née antérieurement à la date de cessation des paiements déterminée par le tribunal. Le paiement de l'obligation disjonctive sera également valable s'il se révèle pendant la période suspecte, dans la mesure où il porte

¹⁰⁸¹ C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, *op. cit.*, n°107.

¹⁰⁸² Pour plus de développements s'agissant de la nullité de la dation en paiement en période suspecte, V. notamment : F. Bicheron, *op. cit.*, n°573 et s. ; P.-M. Le Corre, *op. et loc. cit.* ; C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, *op. et loc. cit.* ; M.-L. Coquelet, *op. cit.*, n°336 ; D. Voinot, *op. cit.*, n°479.

¹⁰⁸³ Au sujet de la distinction entre la dation en paiement et l'obligation facultative, V. supra n°236 et s.

¹⁰⁸⁴ P.-Y. Gautier, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 1^{er} avr. 2004, n°2, p. 543 et s.

¹⁰⁸⁵ C. com., art. L. 632-2.

sur une prestation due dès le moment de l'engagement des parties. La plasticité souhaitée par les parties en stipulant une obligation disjonctive se révèle pleinement efficace. Toutefois, il est vraisemblable que le créancier ne soit informé de l'existence d'une telle procédure qu'après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Dans une telle situation, afin d'exécuter son obligation, il se trouvera confronté à la règle générale d'interdiction de paiement des créances antérieures.

B) Le traitement du créancier face à l'interdiction de paiement des créances antérieures

450. Lorsqu'il est envisagé la situation des créanciers, lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur, il est classique de distinguer selon que la créance est née avant ou après l'ouverture de ladite procédure. Dans la seconde hypothèse, la créance peut bénéficier d'un privilège de procédure, selon le principe établi à l'article L. 622-17 I du Code de commerce¹⁰⁸⁶. Dès lors, si l'obligation disjonctive répond à ces critères, elle bénéficiera du privilège de procédure. A défaut, elle sera considérée comme une créance dite antérieure à la procédure collective et sera traitée comme telle. De fait, les créanciers antérieurs ou postérieurs ne bénéficiant pas d'un paiement à l'échéance sont notamment assujettis au principe de l'arrêt des poursuites individuelles¹⁰⁸⁷ au titre duquel ils ne peuvent réclamer à leur débiteur le paiement de leur créance, conformément à l'article L. 622-21 du Code de commerce. Il convient alors de se demander comment le créancier d'une obligation disjonctive peut échapper à ce principe et obtenir le paiement de sa créance au mépris des droits des autres créanciers, si tel n'a pas encore été le cas¹⁰⁸⁸. Traditionnellement, deux moyens d'action sont offerts au créancier pour recouvrer sa créance : l'action en revendication (1) et la compensation (2). Il convient de les appréhender à l'aune du mécanisme de l'obligation disjonctive.

¹⁰⁸⁶ C. com., art. L. 622-17 I : « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ».

¹⁰⁸⁷ Pour plus de développements sur la situation des créanciers antérieurs, V. notamment : Ph. Roussel-Galle « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal. proc. coll.* 8-10 mars 2009, p. 21 et s ; F. Vinckel, « Le droit d'action des créanciers chirographaires dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2007/1, p. 6.

¹⁰⁸⁸ V. supra n°438 et s.

1) La mise en œuvre d'une action en revendication

451. L'action en revendication constitue « *une action en justice par laquelle on fait établir le droit de propriété qu'on a sur un bien, en gén. (général) pour le reprendre entre les mains d'un tiers détenteur* »¹⁰⁸⁹. Au regard de l'obligation disjonctive, l'intérêt de la question est manifeste en cas de faillite du débiteur de l'obligation disjonctive¹⁰⁹⁰. En parallèle du débat relatif au transfert de propriété des biens objets de l'obligation disjonctive¹⁰⁹¹, la doctrine s'était intéressée à la possibilité offerte au créancier de revendiquer le bien choisi dans l'hypothèse où le débiteur ferait l'objet d'une procédure collective. La doctrine classique¹⁰⁹², soutenant la rétroactivité du choix et du transfert de propriété de l'objet choisi de l'obligation disjonctive au moment de la naissance de l'obligation, en avait déduit la possibilité pour le créancier de revendiquer ce bien. Cette action permettait au créancier d'éviter le concours avec les autres créanciers et d'être désintéressé par la « restitution » de son bien.

452. Cela étant, nous avons démontré que le choix n'était pas rétroactif et que le créancier n'était pas considéré comme propriétaire du bien choisi (par le débiteur ou le créancier) au moment de l'engagement des parties¹⁰⁹³. Le créancier ne devient propriétaire qu'au moment de l'exercice du choix, sauf stipulation contraire. Si, à cet instant, son débiteur fait l'objet d'une procédure collective, nous pouvons nous interroger sur la possibilité du créancier de récupérer le bien. Deux hypothèses semblent se présenter : soit le débiteur doit transférer de manière disjonctive un ou plusieurs biens meubles ou immeubles¹⁰⁹⁴ au créancier soit le créancier a transféré au débiteur un bien avec une clause de réserve de propriété et attend le paiement du débiteur qui peut intervenir de manière disjonctive¹⁰⁹⁵. Afin que l'action en revendication puisse être mise en œuvre, au sens des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce, le moment où le choix a été exercé par rapport à l'ouverture de la procédure collective du débiteur nous semble déterminant.

¹⁰⁸⁹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 929.

¹⁰⁹⁰ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collab. de G. Lagarde, 2^{ème} éd., n°802.

¹⁰⁹¹ V. supra n°409 et s.

¹⁰⁹² Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°20 et s. ; A. Collin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, Dalloz, 1959, par L. Julliot de la Morandière, t. II *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, n°1726.

¹⁰⁹³ V. supra n°414 et s.

¹⁰⁹⁴ Les propriétaires de biens immeubles ne se voient pas appliquer les dispositions du droit des procédures collectives. Ils devront alors agir, conformément au droit commun, devant le tribunal de grande instance via une action réelle pétitoire, conformément à l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁰⁹⁵ Nous renvoyons aux articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce, en dehors de ces deux hypothèses dans la mesure où l'obligation disjonctive ne jouit pas d'un régime juridique propre, à ce sujet.

453. Si le choix est exercé avant le jugement d'ouverture de la procédure collective et en l'absence de stipulation contraire, le droit de propriété du bien choisi a été transféré au créancier. Conformément à l'article L. 624-9 du Code de commerce, le créancier dispose alors d'un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture pour exercer l'action en revendication. Si le bien se trouve en nature dans le patrimoine de son débiteur, nous estimons qu'il doit être transmis au créancier par l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur ou par le débiteur avec l'accord du mandataire judiciaire¹⁰⁹⁶. Pareillement, l'action en revendication nous semble ouverte au créancier ayant pris soin de prévoir dans le contrat conclu avec le débiteur une clause de réserve de propriété en contrepartie du paiement d'un prix. Le juge commissaire peut, toutefois, décider de ne pas restituer le bien et de payer immédiatement le prix au créancier, en vertu de l'article L. 624-16 alinéa 4 du Code de commerce. En outre, dans l'hypothèse où le bien choisi aurait été revendu par le débiteur, avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, le créancier disposerait d'une action en revendication sur le prix ou une partie du prix, en application de l'article L. 624-18 dudit Code. Précisons que la restitution du bien demeure impossible « *si le bien a été transmis à un tiers après le jugement d'ouverture ou a été transformé ou incorporé de manière radicale, la revendication matérielle du bien est impossible* »¹⁰⁹⁷. Le créancier bénéficierait alors d'une créance de prix pouvant bénéficier du privilège de procédure, selon les conditions posées par l'article L. 622-17 I ou L. 641-13 I du Code de commerce¹⁰⁹⁸. Par conséquent, l'exercice du choix avant le jugement d'ouverture permet au créancier de disposer du bien choisi.

454. En revanche, si le choix est effectué par son titulaire postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, le créancier ne paraît pas fondé à agir sur le fondement de l'action en revendication. Il semble devoir être considéré comme un créancier antérieur, puisque le contrat a été conclu avant le jugement d'ouverture, et soumis à l'obligation de déclarer sa créance¹⁰⁹⁹, s'il souhaite voir reconnaître ses droits. Le privilège issu de l'article L. 622-17 I du Code de commerce ne lui semble pas être applicable, eu égard au critère chronologique de la créance. Si tel avait été le cas, le créancier aurait eu aussi à démontrer que sa créance était utile au débiteur. Le sort du contrat en cours contenant cette créance dépendra alors de

¹⁰⁹⁶ C. com., art. L. 624-17.

¹⁰⁹⁷ M.-L. Coquelet, *op. cit.*, n°313.

¹⁰⁹⁸ V. infra n°455 et s.

¹⁰⁹⁹ C. com., art. L. 622-24.

l'administrateur judiciaire¹¹⁰⁰.

En conséquence, le créancier de l'obligation disjonctive est assimilé à tout autre créancier du débiteur dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur quant à la revendication d'un bien. Il ne sera favorisé, s'agissant du transfert de propriété d'un bien, que si le choix a été effectué par le débiteur ou le créancier avant le jugement d'ouverture. Il nous semble qu'un autre moyen d'action puisse être offert au créancier de l'obligation disjonctive dans le but de récupérer son bien : la compensation pour dettes connexes.

2) Le jeu de la compensation pour dettes connexes

455. Il existe un autre moyen pour le créancier d'échapper à la règle de l'interdiction de paiement des créances antérieures. Il s'agit du mécanisme de la compensation consistant en « *l'extinction totale ou partielle de deux obligations réciproques entre les mêmes personnes ayant pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de même espèce* »¹¹⁰¹. En tant que mode extinctif de l'obligation, elle se heurte au principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures. Cependant, le législateur y a apporté une exception à l'article L. 622-7 I du Code de commerce¹¹⁰², avant qu'elle ne soit consacrée à l'article 1348-1 du Code civil¹¹⁰³. Si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, nous pouvons supposer qu'il ait eu en amont quelques difficultés à exécuter ses obligations contractuelles. Eu égard à l'obligation disjonctive, il est à craindre que, postérieurement à l'exercice du choix ayant permis de déterminer la prestation à exécuter, le débiteur n'a pas pu exécuter la prestation choisie de nature à engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de son créancier. Ce dernier devient alors créancier d'une somme d'argent. Devant l'inexécution de son débiteur, il pourra alors solliciter auprès de la procédure collective de son débiteur la compensation entre sa créance et celle de son débiteur. La compensation peut-elle prospérer dans cette hypothèse ?

¹¹⁰⁰ V. supra n°260.

¹¹⁰¹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁰² C. com., art. L. 622-7 I : « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes (...)* ».

¹¹⁰³ C. civ., art. 1348-1 : « *Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible* ».

456. Précisons d'abord, qu'à partir du moment où une décision définitive aura été rendue avant le jugement d'ouverture, la compensation judiciaire sera inattaquable, sauf pour l'organe compétent de la procédure collective à démontrer la collusion ayant existé entre les parties.

457. L'intérêt de la question se pose surtout, lorsque le créancier désire mettre en œuvre la compensation après le jugement d'ouverture. Il ne peut s'agir que d'une créance antérieure au jugement d'ouverture ou d'une créance postérieure mais non éligible au traitement préférentiel. L'interdiction de paiement ne fait, toutefois, pas obstacle au paiement pour compensation de créances connexes¹¹⁰⁴, en dispose l'article L. 622-7 I du Code de commerce. Les dettes connexes peuvent se compenser, même si l'une d'elles devient liquide et exigible après le jugement déclaratif. Des dettes sont connexes, lorsqu'elles sont nées d'un même rapport de droit. Ainsi, il a été admis la compensation pour dettes connexes entre la dette née de l'exécution d'un contrat et la dette née de la mauvaise ou de l'inexécution d'un contrat¹¹⁰⁵. Au regard de l'hypothèse que nous avons émise, il semble que la compensation pour créances connexes entre la créance de dommages-intérêts et la créance résultant du paiement du prix puisse s'opérer. L'obligation disjonctive serait alors payée, en dépit de l'interdiction de paiement des créances antérieures.

Le créancier de l'obligation disjonctive dispose, à l'instar des autres créanciers, des mêmes moyens mis à sa disposition pour échapper à l'interdiction de paiement des créances antérieures. Le principe d'égalité des créanciers dans une procédure collective implique, en effet, que le paiement de l'obligation disjonctive ne puisse pas se réaliser au mépris des droits des autres créanciers. Le moment où le choix est exercé peut, néanmoins, privilégier le créancier d'une obligation alternative par rapport aux autres créanciers. Le choix revêt encore toute son importance. Toutefois, quand le débiteur est *in bonis*, le paiement de l'obligation disjonctive se réalise conformément au droit commun¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ Pour des développements sur la compensation pour dettes connexes, V. notamment : F. Danos, « La connexité en matière de compensation », *D.* 2015.1655.

¹¹⁰⁵ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n°632.44 ; Pour une illustration, V. notamment : Paris, 1^{er} juill. 2004, RG n°2003/21701.

¹¹⁰⁶ Il ne s'agira pas dans les développements subséquents de traiter l'ensemble du régime juridique attaché au paiement de l'obligation mais d'évoquer les conséquences de l'exécution de la prestation déterminée par le débiteur. Ce régime est prévu aux articles 1342 à 1343-5 du Code civil.

Section 2 : Le paiement satisfaisant de l'obligation

Dans la majeure partie des hypothèses, le débiteur est *in bonis*, au sens où il ne fait pas l'objet d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement des particuliers. La réalisation du choix par son titulaire implique que la prestation déterminée devra être exécutée par le débiteur (Sous-Section 1). Le paiement de l'obligation permettra l'extinction de la dette, la libération du débiteur et plus généralement la satisfaction des parties (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : L'exécution de l'obligation « pure et simple » par le débiteur

La flexibilité que s'étaient réservées les parties disparaît par l'exercice du choix (§1) si bien que l'obligation est aussitôt exigible (§ 2).

§ 1 : La disparition de la flexibilité contractuelle par l'exercice du choix

L'exercice du choix a mis fin à l'incertitude relative à la prestation à réaliser par le débiteur. S'il est plus loisible de s'intéresser à la prestation élue, il convient également de mettre en exergue l'éviction de l'autre prestation (A) et la disparition de la modalité disjonctive de l'obligation (B).

A) L'éviction de la prestation non choisie

458. L'exercice du choix a permis de déterminer le mode d'exécution de l'obligation du débiteur. La prestation du débiteur s'est donc concentrée sur un seul objet de l'obligation¹¹⁰⁷. Ainsi, lors de l'acquisition ou de la cession d'un immeuble, le notaire instrumentaire de cette opération a l'obligation de fournir aux parties soit une copie de l'acte d'acquisition signé ou un certificat mentionnant notamment la superficie de l'immeuble vendu¹¹⁰⁸. Le choix du notaire de fournir tel ou tel document postule l'exécution de son obligation. *A contrario*, de manière délibérée ou non, l'autre ou les autres prestations non choisies ont été évincées par le titulaire du choix si bien qu'elles sont sorties du champ contractuel. Le créancier ne saurait,

¹¹⁰⁷ V. supra n°355 et s.

¹¹⁰⁸ D. n°67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 4-3. Pour une application de cet article par la jurisprudence, V. notamment : Cass. 3^e civ., 5 juill. 2006, *Bull. civ.* III, n°168.

dès lors, pouvoir demander l'exécution de l'une d'elles au débiteur, si la prestation choisie venait à disparaître ou ne pouvait être exécutée. L'irrévocabilité du choix a éliminé l'autre prestation et plus généralement la modalité disjonctive de l'obligation. Comme le souligne un auteur, « l'élimination de la branche non choisie entraîne l'élimination de tous les accessoires et les avantages qui y sont attachés »¹¹⁰⁹ à l'aune du principe selon lequel l'accessoire suit le principal. Ainsi, si des sûretés étaient attachées à cette prestation, elles ne sauraient subsister et se reporter sur l'autre prestation. Par exemple, une clause de réserve de propriété était assortie à une prestation de transférer la propriété d'un téléviseur. Celle-ci n'ayant pas été choisie par le bénéficiaire du choix, la sûreté réelle mobilière que constitue cette clause disparaît corrélativement. En revanche, si une garantie est prévue au titre de l'obligation même du débiteur, indépendamment de la prestation choisie, elle demeure, quelle que ce soit l'issue du choix.

459. La Cour de cassation a eu l'occasion de statuer sur ce point dans un arrêt du 20 octobre 1971¹¹¹⁰. En l'espèce, un testateur avait légué de manière universelle l'ensemble de son patrimoine à une association, en réservant un legs alternatif portant soit sur des titres obligataires résultant d'un emprunt d'État soit sur une somme d'argent. Le légataire universel offre au légataire particulier une somme d'argent diminuée du montant des droits de succession. Considérant que cette somme d'argent devait lui revenir nette de frais, le légataire particulier assigne l'association en paiement de la différence. Le 28 mai 1969, la Cour d'appel de Paris fait droit à la demande après avoir recherché l'intention de la testatrice au sujet de la valeur des biens qu'elle souhaitait offrir. Le légataire universel se pourvoit en cassation en soutenant que la Cour d'appel a dénaturé l'obligation alternative. Il prétend que celle-ci ne nécessite pas que les branches de l'alternative soient d'une même valeur ou comportent les mêmes avantages. Il ajoute que la testatrice n'a entendu exonérer de droits de succession que la transmission des titres. La Cour de cassation rejette, cependant, le pourvoi. Elle affirme, que dans le silence de la testatrice, les juges du fond ont pu, à travers leur pouvoir souverain d'appréciation sur les dernières volontés du défunt, estimer que celui-ci a souhaité offrir au légataire particulier l'un ou l'autre bien d'une valeur équivalente. Ainsi, la somme d'argent transmise s'entendait nette de droits de succession. Monsieur Baydoun¹¹¹¹ a estimé que la première chambre civile de la Cour de cassation a enfreint l'adage « *accessorium sequitur*

¹¹⁰⁹ A. Baydoun, *op. cit.*, p. 289 et s.

¹¹¹⁰ Cass. 1^{er} civ., 20 oct. 1971, *Bull. civ.* I, n°271 ; *JCP éd. G* 1971.IV.269.

¹¹¹¹ A. Baydoun, *op. cit.*, p. 290.

principal » concernant l'éviction de la prestation non choisie et de ses accessoires. Il indique que les magistrats ont transféré les avantages de la branche de l'obligation exclue du choix (les titres obligataires exonérés de droits de mutation) à la branche de l'obligation choisie (la somme d'argent). Or, les faits de cet arrêt paraissent tout autre : « *Y... Laurent (...) lègue à la demoiselle X..., une somme de 100.000 francs ou de titres d'une même valeur (...) que l'article 1241 du Code général des impôts exonère de droits de mutation* ». Il semble que l'intention du défunt ait été d'offrir un legs de même valeur à son légataire particulier, et ce net de tous droits de mutation. Il est clairement admis par l'article 1188 du Code civil (ancien article 1156 du Code civil de 1804) notamment que, lorsque l'intention des parties n'est pas clairement définie, il appartient aux juges du fond de rechercher leur commune intention. S'il est exact que l'obligation alternative ne comporte pas nécessairement des prestations d'une valeur équivalente¹¹¹², il n'en demeure pas moins, en l'espèce, que le testateur a entendu s'obliger, d'une part, à offrir un choix à la légatrice universelle et, d'autre part, à léguer des biens d'une valeur équivalente. La qualification d'obligation alternative ne saurait faire débat et n'a, d'ailleurs, pas été contestée par le moyen du pourvoi. Dès lors, en stipulant une obligation alternative, le défunt a souhaité offrir à son légataire des biens nets de tous droits de mutation considérés comme équivalents. En conséquence, cet avantage était attaché à l'obligation elle-même et non à une branche de l'alternative. Il devait alors demeurer quelle que soit l'issue du choix. Cet arrêt du 20 octobre 1971 nous semble donc justifié.

En somme, l'objet de l'obligation (en ce compris ses éventuels accessoires) qui n'a pas été choisi par le titulaire du choix disparaît du périmètre contractuel, à l'instar de la modalité disjonctive de l'obligation.

B) La disparition de la modalité disjonctive de l'obligation

460. L'exercice du choix implique l'éviction de l'autre prestation mais également la disparition de la modalité de l'obligation. Comme le révèle l'article 1307-2 alinéa 3 du Code civil, « *le choix (...) fait perdre à l'obligation son caractère alternatif* ». Pareille solution s'applique à l'obligation facultative : le droit facultatif s'éteint par son exercice tacite ou explicite. La modalité de l'obligation disparaît après avoir rempli sa fonction, qui était de conférer aux parties de la flexibilité quant au mode d'exécution d'une obligation. Au caractère complexe de l'obligation se substitue une obligation pure et simple, à savoir une obligation

¹¹¹² V. supra n°120 et s.

composée d'un seul objet. Dès lors, les composantes de cette modalité s'éteignent également : l'incertitude du mode d'exécution de l'obligation est levée et le lien de sujétion entre le titulaire du choix et l'autre partie est définitivement éteint. Le titulaire du choix ne peut revenir sur son choix et le créancier ne peut exiger la prestation non choisie en tout ou partie, en vertu du même engagement. Consécutivement à l'exercice du choix, il est mis fin à la situation d'attente de l'autre partie. Celle-ci sait désormais quelle sera la contrepartie à l'obligation qu'elle va exécuter.

461. Si la modalité disjonctive de l'obligation disparaît, les autres modalités de l'obligation qui auraient pu être prévues subsistent jusqu'à épuisement de leurs fonctions au service de l'obligation. Les modalités de l'obligation disparaissent dès lors qu'elles ont produit leur plein effet. Elles sont donc temporaires, « accidentelles »¹¹¹³ au sens où elles modifient les effets habituels d'une obligation dite pure et simple. La flexibilité contractuelle matérialisée par le choix s'éteignant, l'obligation se voit appliquer le droit commun des obligations.

Ainsi, sous réserve de stipulation d'autres modalités de l'obligation (notamment un terme), la disparition de la modalité disjonctive par l'exercice du choix met fin à l'application des règles particulières de l'obligation disjonctive et rend immédiatement exigible l'obligation.

§ 2 : L'exigibilité immédiate de l'obligation disjonctive

Le décalage dans le temps du choix de l'obligation à exécuter conduit à nous interroger sur le point de savoir à quel moment l'obligation disjonctive est exigible (A). Comme toute obligation ordinaire, le débiteur peut, cependant, se trouver dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation (B).

A) Une exigibilité variable de l'obligation disjonctive

Du point de vue de l'exigibilité de l'obligation disjonctive, il convient d'appréhender séparément les obligations alternative et facultative.

¹¹¹³ Ch. Beudant, *op. cit.*, n°427.

462. Concernant l'obligation alternative, l'exigibilité de l'obligation s'est reportée au moment de l'exercice du choix. Comme le révèle un auteur, « *l'obligation alternative est affectée par un terme suspensif nécessaire qui ne provient pas de la volonté des parties mais de sa nature* »¹¹¹⁴. Sans l'exercice du choix, l'obligation ne saurait être payée, et ce notamment quand le choix appartient au créancier. La présence de deux prestations *in obligatione* mais d'une prestation *in solutione* induit que l'obligation devient exigible consécutivement à l'exercice du choix. Ainsi, dans le cadre de la pratique de l'*equity swap*¹¹¹⁵ mise en exergue notamment dans l'affaire « LVMH / Hermès »¹¹¹⁶, l'issue de l'opération pouvait intervenir au gré du créancier soit par la remise de titres sociaux soit en numéraire. Ainsi, dans cette affaire, par l'intermédiaire de deux filiales, la société LVMH prend une participation de 4,9 % au capital social de la société Hermès. Plusieurs années après, elle conclut des contrats d'*equity linked swap* lui conférant une exposition à l'évolution à la hausse, comme à la baisse, du cours des actions de la société Hermès. Ces contrats financiers sont stipulés exclusivement avec une exécution en numéraire : LVMH recevant de sa contrepartie la hausse de l'action de la société Hermès sur la période convenue ou lui versant le montant de la baisse de ce titre sur la même période. LVMH subit alors le double aléa inhérent à la qualité d'actionnaire : l'aléa sur l'existence ou non de dividendes et celui de la valeur des titres, et ce sans détenir physiquement ces actions. Afin de se couvrir contre le risque de pertes, les banques achètent les titres de la société Hermès. LVMH demande alors une modification du contrat financier afin de prévoir un choix dans le dénouement de ce contrat : soit en numéraire (prévu initialement) soit par la livraison de titres sociaux de la société Hermès acquis par les banques. LVMH demande aux banques d'exécuter leur obligation en lui transférant les titres sociaux d'Hermès, ce qui lui permet de disposer de 20 % du capital social de la société Hermès. Sans évoquer l'éventuelle problématique de la violation des règles relatives aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, il convient de souligner que le choix exercé par la société LVMH a eu pour effet de rendre obligatoire le transfert par les banques des titres immédiatement exigible.

¹¹¹⁴ M. Mignot, *op. cit.*, n°41.

¹¹¹⁵ L. Assaya, « Validité des opérations d'*equity swap* au regard de la prohibition des pactes léonins », *Banque et droit* n°82, mars-avril 2002, p. 25 et s. : il s'agit d'un « *transfert de la propriété de la participation, immédiat et payé comptant, par la société cédante au cessionnaire, généralement une banque, couplée à une opération de couverture des risques affranchissant la banque cessionnaire de l'évolution défavorable de la valeur des titres transférés et réservant à la société cédante un complément de prix en cas d'appréciation de la participation* ».

¹¹¹⁶ Pour plus de développements sur cette affaire LVMH / Hermès, V. notamment : A. Gaudemet, « L'irruption de LVMH dans le capital d'Hermès », *D.* 2010.2640 ; P. Pailler, « L'AMF condamne LVMH pour sa montée masquée au capital d'Hermès », *JCP éd. E* n°37, 12 sept. 2013, 1503 ; F.-M. Lagarde et S. Dariosecq, « LVMH/Hermès : Quelle réglementation pour quelle transparence ? », *Bull. Joly Bourse* 1^{er} févr. 2011, n°2, p. 152.

Avant l'exercice du choix, le créancier ne peut ni réclamer le paiement de l'obligation ni diligenter des voies d'exécution. En revanche, afin de sauvegarder ses droits, il peut mettre en œuvre des actes conservatoires¹¹¹⁷, à l'instar d'un créancier d'une obligation à terme.

463. Au sujet du rapprochement des obligations disjonctives avec les obligations à terme, nous considérons que le régime juridique des créances à terme s'applique à l'obligation alternative, au regard du report commun de l'exigibilité de l'obligation. A l'arrivée de l'échéance, le débiteur doit donc exécuter immédiatement la prestation qui a été choisie et qui est due, en application des alinéas 1 et 2 de l'article 1342 du Code civil. Le créancier peut réclamer l'exécution de la prestation au débiteur et mettre en œuvre des voies d'exécution postérieurement à l'exercice du choix, sauf si les parties avaient également prévu un terme à leur engagement. Une telle stipulation permet de reporter (une nouvelle fois) l'exigibilité de l'obligation à l'arrivée d'un terme, afin de laisser au débiteur le temps matériel de pouvoir exécuter ses obligations après l'exercice du choix.

464. Les règles de droit commun relatives au paiement de l'obligation seront alors à respecter¹¹¹⁸. La règle de paiement de l'identité de l'objet de l'obligation doit alors être suivie : le débiteur doit exécuter la prestation choisie. S'il souhaite exécuter une autre prestation, telle que notamment la prestation qui a été précédemment évincée, il devra alors recueillir l'accord de son créancier. Dans l'hypothèse où le créancier accepterait une prestation autre que celle qui a été choisie et qui lui est due, il se réaliserait une dation en paiement¹¹¹⁹. En outre, la totalité de la prestation due doit être payée. Sauf si le créancier accepte de recevoir un paiement partiel si la prestation est divisible¹¹²⁰, le débiteur doit exécuter en une seule fois la prestation choisie.

465. Les règles relatives à l'exigibilité de l'obligation facultative varient, quant à elles, de celles de l'obligation alternative. Dans la mesure où une seule prestation est due par le débiteur depuis la conclusion de l'engagement, l'exigibilité de l'obligation facultative est immédiate dès la naissance de l'obligation. Dans une telle hypothèse, la stipulation d'un terme est requise afin de permettre au débiteur de prendre son choix en toute connaissance de

¹¹¹⁷ CPCE, art. L111-1 al. 2 et s.

¹¹¹⁸ C. civ., art. 1320 et s.

¹¹¹⁹ Pour plus de développements sur la dation en paiement : V. supra n°234 et s.

¹¹²⁰ C. civ., art. 1320-4.

cause et de décaler le moment d'exigibilité et de libération de l'obligation. La détermination d'une date en tant que terme semble alors adaptée à la situation juridique.

466. La différence entre l'obligation alternative et l'obligation facultative tenant à l'exigibilité de l'obligation entraîne une autre différence au sujet du point de départ de la prescription de l'obligation. Conformément au 3° de l'article 2233 du Code civil, « *la prescription ne court pas (...) à l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé* ». Cette disposition nous semble pouvoir être, par analogie, appliquée à l'obligation alternative. La prescription commencera à courir à compter de l'exercice du choix, sauf si un terme a été prévu par les parties. C'est, en effet, à ce moment que l'obligation devient exigible. Toutefois, la prescription de l'obligation facultative court, sauf stipulation éventuelle d'un terme, dès la naissance de l'obligation.

L'exercice du choix issu de l'obligation alternative induit l'obligation pour le débiteur d'exécuter immédiatement la prestation due, alors que celle-ci est exigible, au moment de la formation de l'obligation, concernant l'obligation facultative. A défaut, il engagerait sa responsabilité contractuelle pour inexécution. Toutefois, le paiement de l'obligation par le débiteur peut se révéler impossible.

B) L'impossibilité d'exécuter la prestation choisie

Le paiement de l'obligation disjonctive suit les règles du droit commun quant au paiement de la prestation due. Le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie en raison de la survenance d'un cas de force majeure postérieurement à l'exercice du choix (1) ou du refus du créancier (2).

1) La survenance d'un cas de force majeure à l'égard de la prestation choisie

467. La fin de la dualité des objets de l'obligation à la suite de l'exercice du choix signifie que le créancier ne dispose plus de garantie quant au paiement de la prestation due. L'article 1307-2 du Code civil prévoit que : « *si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur* ». Le choix entre les différentes prestations ayant été réalisé, les règles prévues par la disparition d'une prestation n'ont plus vocation à

s'appliquer¹¹²¹. Il en est de même en cas de disparition de la prestation principale issue de l'obligation facultative. La prestation éliminée par le choix ne peut être demandée ou exécutée à sa place. L'obligation du débiteur est alors éteinte en cas de survenance d'un cas de force majeure. Il en serait autrement si la disparition de la prestation due était imputable au débiteur. Ce dernier engagerait alors sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de son créancier, conformément aux principes de cette responsabilité¹¹²².

Même si le régime juridique de l'obligation alternative a prévu l'hypothèse de la disparition de la prestation par la survenance d'un cas de force majeure, aucune particularité n'est attachée à sa disparition par rapport aux dispositions du droit commun relatives à la théorie des risques. L'existence d'un objet unique postule une pleine application des dispositions du droit commun. L'impossibilité d'exécuter la prestation choisie peut aussi résulter d'un refus du créancier de recevoir la prestation du débiteur.

2) Le refus théorique du créancier de recevoir la prestation due

468. Aussi théorique que cela puisse paraître, le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation, lorsqu'il se confronte au refus du créancier de recevoir son paiement. Le refus du créancier serait surprenant si le choix de la prestation lui avait été dévolu par le contrat et conduirait à considérer son comportement de mauvaise foi. Lorsque le choix bénéficie au débiteur, le créancier ne peut également pas s'opposer au paiement de la prestation qui a été choisie par le débiteur et qui est due. Substituant l'ancienne procédure des offres réelles suivies de consignation¹¹²³, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹¹²⁴ a simplifié manifestement cette procédure au travers des articles 1345 et suivants du Code civil en privilégiant l'envoi d'une mise en demeure. L'article 1345 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : *« lorsque le créancier refuse, à l'échéance et sans motif légitime, de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution »*. Après l'envoi d'une mise en demeure, le créancier s'expose à supporter les risques de la chose¹¹²⁵ mise sous séquestre et à voir son débiteur

¹¹²¹ V. supra n°47 et s.

¹¹²² C. civ., art. 1217.

¹¹²³ C. civ., art. ancien 1257 et s.

¹¹²⁴ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, préc.

¹¹²⁵ C. civ., art. 1345 al.2.

libéré de toute obligation¹¹²⁶.

Les hypothèses où l'exécution de la prestation choisie par le débiteur se révèle impossible demeurent rares, puisque bien souvent l'exercice du choix coïncide avec le paiement de l'obligation¹¹²⁷. En réalité, force est de constater qu'à partir du moment où l'obligation est devenue ordinaire par l'exercice du choix, l'exécution de cette obligation doit se conformer au droit commun des obligations. L'exécution de la prestation choisie et due par le débiteur à son créancier le libérera de ses engagements et éteindra la dette.

Sous-Section 2 : La satisfaction des parties par l'accomplissement finalisé de l'obligation

Aux termes de l'article 1342 du Code civil, l'exécution volontaire de la prestation due vaut paiement. Ainsi, en matière d'obligation disjonctive, le paiement est réalisé, lorsque la prestation choisie par le titulaire du choix est exécutée. Il s'agit nécessairement de l'une des prestations convenues par les parties lors de leur engagement. Ainsi, la remise par l'assureur à l'assuré avant la conclusion du contrat d'une notice d'information précisant les garanties assorties des exclusions ainsi que les obligations de l'assuré vaut exécution de son obligation¹¹²⁸. L'accomplissement du choix entraînera l'exigibilité immédiate de l'obligation, sauf existence d'un terme. De fait, l'exécution de la prestation libérera le débiteur à l'égard du créancier et éteindra la dette, à moins que celle-ci ait été acquittée par une personne autre que le débiteur ou par un codébiteur.

469. La particularité de la libération en matière d'obligation facultative réside dans le fait que le débiteur peut fournir une prestation subsidiaire prévue à l'obligation. L'extinction de la dette par le paiement implique l'extinction des accessoires, dont les sûretés prises en garantie de la dette ou de la prestation considérée. La modalité de l'obligation ayant disparu, l'obligation du débiteur est traitée comme une obligation pure et simple. Le paiement de l'obligation est soumis aux règles classiques du régime juridique du paiement défini aux

¹¹²⁶ C. civ., art. 1323-1.

¹¹²⁷ V. Giscard, *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888, p.53.

¹¹²⁸ C. assur., art. L. 112-2 al. 2 : « Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré 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 » ; J. Kullmann, *Lamy Assurances*, 2016, n°488.

articles 1342 et suivants du Code civil.

470. La libération du débiteur par le paiement de l'obligation signifie corrélativement le désintéressement et la satisfaction du créancier. L'effet libératoire et l'effet extinctif du paiement se produisent simultanément. Le paiement de l'obligation signifie également que l'obligation disjonctive aura réalisé la fonction qui lui avait été dévolue par les parties. « *Le rapport obligatoire se dissout parce qu'il s'est accompli, parce qu'il a rempli ses fins* »¹¹²⁹.

¹¹²⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°327.

CONCLUSION DU SECOND TITRE DE LA SECONDE PARTIE

Une nouvelle fois, il n'échappe pas à l'analyse de constater que le paiement de l'obligation est assujéti au choix. L'incertitude quant au mode d'exécution de la prestation du débiteur prend fin par l'exercice du choix. La prestation à exécuter par le débiteur est définitivement déterminée par le titulaire du choix, si bien que la modalité de l'obligation disparaît et laisse place à une obligation pure et simple. Les perspectives de remettre en cause le choix demeurent, nous semble-t-il, limitées à l'action en restitution de l'indu et à l'action paulienne. Que ce soit au regard du droit commun ou des droits spéciaux, la possibilité pour une partie de choisir la prestation à accomplir constituée par la stipulation du choix ne saurait, en effet, entraîner un déséquilibre significatif dans ou entre les droits et obligations des parties. Le choix se révèle, en principe, irrévocable. Il est réputé être réalisé au moment où il est exercé, au sens où il ne rétroagit pas au jour de la conclusion de l'engagement, sauf stipulation contraire. L'irrévocabilité et l'absence de rétroactivité du choix permettent à l'obligation disjonctive de disposer d'une sécurité juridique et de conférer toute sa force à la liberté et à la flexibilité contractuelles. Précisons, à cet égard, que l'exercice du choix pourra faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* par le juge, dans l'hypothèse où il ne serait pas exercé conformément à la finalité souhaitée par les parties.

La précision de la prestation réalisée par l'exercice du choix implique, s'agissant de l'obligation alternative, la détermination de la qualification de l'obligation du débiteur, voire de la relation contractuelle. Elle entraîne aussi la disparition de la modalité disjonctive fonctionnelle de l'obligation, puisque l'exercice du choix rend l'obligation exigible pour le débiteur, sauf stipulation d'un terme. Dans l'hypothèse de l'ouverture par le débiteur d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement, le moment d'accomplissement du choix permet encore de savoir si le créancier pourrait vaincre les effets de l'ouverture d'une telle procédure. Le créancier de l'obligation disjonctive pourrait voir ses chances d'être désintéressé, dans le cas où le choix est exercé avant l'ouverture d'une telle procédure. De plus, dans la mesure où le paiement concerne l'exécution d'une prestation convenue et due au moment de l'engagement des parties, il ne pourra pas être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte. Dans les différentes hypothèses où le créancier d'une obligation disjonctive est confronté à un débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, ses droits sont relativement préservés de sorte que l'obligation disjonctive démontre une nouvelle fois

toute son efficacité. Lorsque le débiteur est *in bonis*, le moment d'exercice du choix sera déterminant pour trancher le conflit avec d'autres créanciers du débiteur ou un propriétaire revendiquant. De manière plus générale, l'exécution de la prestation due permettra l'extinction de la dette et la satisfaction des parties. L'intérêt de stipuler une obligation disjonctive se manifeste alors à l'aune de son dénouement par la réalisation de l'opération contractuelle souhaitée par les parties.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le régime juridique de l'obligation disjonctive est indubitablement commandé par l'exercice du choix. L'ordonnance du 10 février 2016¹¹³⁰ ne s'y est d'ailleurs pas trompée en plaçant le choix au centre des dispositions du Code civil consacrées à l'obligation alternative. L'écoulement du temps entre la formation et l'exécution de l'obligation permet aux parties de retarder le choix de la prestation qui sera exécutée par le débiteur. Cette plasticité offerte par l'obligation disjonctive peut être utilisée par les parties à des fins multiples : spéculation, garantie, moyen de sauvegarde du lien contractuel. Il est, ainsi, bien curieux que cette modalité de l'obligation soit peu connue et peu usitée. La nouvelle rédaction des articles du Code civil afférents à l'obligation disjonctive offre un nouveau régime juridique du choix plus adéquat au mécanisme de l'obligation disjonctive et à l'utilisation de celui-ci par les parties. La fragilité de ce régime résultant de l'absence volontaire d'exercice du choix du titulaire est évincée par la réforme du 10 février 2016 à travers le transfert du choix à l'autre partie. L'économie de l'obligation disjonctive aboutit à aménager les règles de la responsabilité civile, en cas de disparition des choses par la survenance d'un cas de force majeure et par la faute du débiteur. L'efficacité de l'obligation disjonctive est, ainsi, assurée, et ce d'autant que son régime juridique comporte des conditions formelles assez minimales. Les conditions sont alors réunies, afin que le bénéficiaire du choix puisse l'exercer et déterminer laquelle des prestations devra être exécutée par le débiteur.

Les dispositions du Code civil consacrées au choix de l'obligation alternative révèlent la recherche d'une sécurité juridique attachée à cette modalité de l'obligation. La consécration par l'ordonnance du 10 février 2016 de l'irrévocabilité du choix ajoutée à l'absence de rétroactivité de celui-ci postulent, en effet, une faible remise en cause du choix exercé par les parties. Ces effets s'accordent bien avec la volonté des parties de se réserver de la flexibilité au sujet du mode d'exécution de leurs obligations. Cette volonté est également préservée par le contrôle *a posteriori* éventuellement effectué par le juge, dans l'hypothèse où le titulaire du choix n'exercerait pas celui-ci à l'aune de la finalité voulue par les parties. Au regard de l'obligation du débiteur, le choix permettra également de déterminer le régime juridique dédié

¹¹³⁰ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

à l'obligation, voire de qualifier le contrat. A l'égard des tiers, le moment où sera accompli le choix permettra aussi d'appréhender les effets du choix et de l'exécution de la prestation. Ainsi, le choix produira des effets à géométrie variable selon que le débiteur fasse l'objet ou non d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement des particuliers. La détermination de la prestation due par le choix mettra aussi un terme à la modalité disjonctive de l'obligation, dans la mesure où celle-ci aura pleinement joué son rôle. L'exécution de la prestation élue par le choix sera alors immédiatement exigible, à l'instar d'une obligation ordinaire. Quelle que soit l'identité de la prestation qui sera choisie par l'une des parties, son exécution désintéressera le créancier et satisfera les parties.

Le régime juridique de l'obligation disjonctive s'avère pleinement lié à l'exercice du choix envisagé par le Code civil au sujet seulement de l'obligation alternative. En réalité, nous avons pu constater qu'il s'applique également par extrapolation au régime juridique de l'obligation facultative. La parenté de ces deux modalités de l'obligation, la notion générique de choix et le peu d'égard du Code civil à l'encontre de l'obligation facultative justifient notre analyse. Si l'obligation alternative constitue assurément la « reine » des obligations disjonctives, il n'en demeure pas moins que l'exclusivité du choix, dévolu au débiteur d'une obligation facultative, présente également tout son intérêt. En réalité, il existe un régime juridique commun des obligations disjonctives qu'il conviendrait de mettre davantage en exergue, dans le dessein de renforcer encore l'efficacité de ces obligations.

CONCLUSION GENERALE

472. Actuellement méconnues parmi les modalités de l'obligation, l'obligation alternative et l'obligation facultative résonnent pourtant par leur simplicité, leur flexibilité et leur efficacité.

473. L'obligation disjonctive, comprenant ces deux notions, peut, ainsi, se définir comme une modalité de l'obligation conférant à l'une des parties un choix entre plusieurs prestations, dont l'une d'elles devra être exécutée par le débiteur. Non prévue par les dispositions du Code civil, une telle définition aurait, cependant, toute sa place dans un article préliminaire relatif à l'obligation disjonctive. L'aménagement de l'obligation par une modalité disjonctive consiste à octroyer à l'une des parties un choix quant au mode d'exécution de l'obligation du débiteur. *Per se*, la structure de l'obligation disjonctive se révèle simple. A défaut de comporter une pluralité de prestations, l'obligation ne peut être qualifiée d'obligation alternative ou d'obligation facultative. Cette simplicité se justifie également par le fait qu'aucun caractère exorbitant du droit commun n'est requis au sujet de la validité des objets de l'obligation. Plus les parties prévoient dans leur obligation un nombre important de prestations, plus elles disposent de flexibilité lors de l'exécution de celle-ci.

474. La seule stipulation d'un droit d'option ou d'un droit facultatif en faveur de l'une des parties entre plusieurs prestations (i.e. au moins deux prestations) permet aux parties de disposer d'une flexibilité notable, au stade de l'exécution de l'obligation du débiteur. Ces prestations sont considérées par les parties comme fongibles, c'est-à-dire comme équivalentes. Au moment de l'engagement des parties, une altérité en nature ou en valeur entre ces différents objets de l'obligation ou ces différentes prestations doit être constatée, afin que l'obligation puisse être qualifiée d'obligation disjonctive. Pareillement, doivent exister une alternative entre ces prestations et une incertitude quant à la prestation qui sera choisie. Cette incertitude n'est pas absolue, dans la mesure où le choix porte nécessairement sur l'une des prestations convenue *ab initio* par les parties et seule la prestation principale est due s'agissant de l'obligation facultative. L'obligation alternative requiert, d'une part, qu'aucune prestation ne soit précisément due : les deux objets de l'obligation sont *in obligatione*, mais un seul sera *in solutione*. Le droit d'option issu de l'obligation alternative appartient soit au débiteur soit au créancier. Celle-ci se distingue alors de l'obligation

facultative, née de la pratique par extrapolation de l'obligation alternative. L'obligation facultative signifie, d'autre part, que le débiteur doit au créancier une seule prestation et dispose seul de la possibilité de se libérer de son obligation en exécutant la prestation subsidiaire. A ce titre, la notion de faculté utilisée par l'article 1308 du Code civil se révèle impropre : l'obligation facultative donne, en réalité, naissance à un droit facultatif.

475. La similitude constatée entre le droit d'option et le droit facultatif milite pour leur regroupement dans la notion plus large de choix. Ces deux modalités de l'obligation puisent tout leur intérêt dans la flexibilité qu'offre le choix aux parties lors de l'exécution de leur obligation. Le choix occupe une place primordiale tant dans la conception que dans le fonctionnement de ces deux techniques du régime général des obligations. Il confère à l'obligation disjonctive un caractère typique, au sens où elle se distingue des autres modalités de l'obligation. Cependant, la notion de choix n'est actuellement pas définie par les dispositions du Code civil. L'ajout d'une telle définition au sein d'un article préliminaire du Code civil relatif aux obligations disjonctives serait particulièrement adéquat aux fins d'appréhension du mécanisme de l'obligation disjonctive. Le choix octroie à son titulaire un droit potestatif au sujet de l'exécution de l'obligation en plaçant l'autre partie dans un état de sujétion. La potestativité est admise dans les obligations disjonctives, puisqu'elle agit non au stade de la formation mais lors de l'exécution de l'obligation. Le simple accord des parties au moment de l'engagement leur permet de disposer d'un outil contractuel flexible quant au mode de paiement de leur obligation.

476. Il est, au demeurant, surprenant de constater que ni la pratique ni la doctrine n'utilisent de manière récurrente l'obligation alternative ou l'obligation facultative. Il nous semble regrettable de se priver de ces instruments juridiques aux multiples fonctions. Le principe de la force obligatoire du contrat rend normalement ce dernier intangible dès l'échange des consentements. L'obligation disjonctive permet tout à la fois de se fonder sur ce principe et d'en vaincre sa rigidité en insufflant de la souplesse contractuelle aux parties postérieurement à la formation de l'obligation. La pluralité des objets de l'obligation permet aux parties de ne pas subir la nullité de l'obligation en raison de l'impossibilité ou de l'illicéité de l'un des objets de l'obligation, au contraire d'une obligation pure et simple. Plus généralement, stipuler une obligation disjonctive contribue à l'exécution de l'obligation du débiteur, dans la mesure où existe un choix quant au mode d'exécution de l'obligation, et à la sauvegarde du

lien contractuel. Elle ne produit pas seulement des effets seconds de garantie, comme l'avait identifiée la doctrine classique. Elle constitue une véritable technique de garantie. L'articulation entre une obligation disjonctive et une sûreté permet d'accroître les effets de garantie et de doter la sûreté d'une flexibilité notable, alors que celle-ci en est habituellement dépourvue. Au regard du décalage temporel entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation, l'obligation disjonctive peut être utilisée à des fins spéculatives, dans le dessein de choisir à terme la prestation la plus avantageuse pour le titulaire du choix. Telle est, par exemple, l'hypothèse d'un contrat d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, et ce que le choix profite à l'émetteur ou au souscripteur. Cet effet spéculatif peut s'accroître, lorsque l'obligation disjonctive est prévue dans un mécanisme spéculatif, comme le *warrant financier*. Enfin, la prévisibilité de l'obligation disjonctive, lors de l'engagement des parties, peut constituer une adaptation automatique et simple du contrat à la survenance de circonstances imprévisibles au cours d'exécution du contrat.

477. L'obligation disjonctive constitue naturellement une modalité fonctionnelle de l'obligation. Le choix entre une pluralité de prestations corroboré à une période de latence entre le moment de formation et d'exécution de l'obligation permet la réalisation de finalités diverses. La plasticité d'une obligation disjonctive tend à la satisfaction du but poursuivi par les parties. L'absence actuelle de notoriété de l'obligation disjonctive ne signifie pas que ce concept est ignoré du droit positif. Il est, par exemple, usité mais non mis en exergue en droit des sociétés, dans les contrats d'émission de certaines valeurs mobilières donnant accès au capital, en droit des donations ou encore en droit de la vente à travers la vente de choses alternatives prévue par le deuxième alinéa de l'article 1584 du Code civil. La multiplicité des fonctions de l'obligation disjonctive postule un rayonnement bien plus large que celui existant, et ce d'autant que l'ordonnance du 10 février 2016¹¹³¹ a renforcé son régime juridique.

478. La réalisation de l'opération économique voulue par les parties est assujettie à l'exercice du choix. Pas de choix, pas de paiement ! Cet exercice est facilité par des conditions de mise en œuvre souples démontrant une recherche de l'efficacité. Sous le Code civil de 1804, l'exécution de l'obligation alternative était paralysée, lorsque le choix n'était

¹¹³¹ Ord. n°2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, projet de loi n°3928 de ratification déposé le 6 juillet 2016 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

pas exercé par son titulaire. L'autre partie ne bénéficiait pas du choix en cas de mutisme de son titulaire et le juge ne pouvait pas pallier cette défaillance. La responsabilité contractuelle de ce dernier était alors engagée. Cette fragilité a été neutralisée par l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 de ladite ordonnance, laquelle prévoit, dans un nouvel article 1307-3 du Code civil, un transfert du choix à l'autre partie. Le choix est, en effet, indispensable afin de déterminer laquelle des prestations sera exécutée par le débiteur.

479. L'écoulement d'une période de temps entre le moment de la formation et de l'exécution de l'obligation implique l'existence de risques quant à la disparition de l'une des prestations. La survenance d'un cas de force majeure est appréhendée par les dispositions du Code civil relatives aux obligations alternative et facultative, lesquelles aménagent, à cet égard, les règles du droit de la responsabilité civile. L'efficacité de l'obligation disjonctive serait renforcée si une interdiction d'aliéner les objets de l'obligation était de plein droit applicable au débiteur, notamment lorsque le choix appartient au créancier. La flexibilité que se sont réservées les parties persisterait, ainsi, pleinement jusqu'à l'exercice du choix. En outre, il pourrait être opportun de préciser le sort de l'obligation disjonctive en fonction de la chronologie des événements à l'origine de la disparition (faute du débiteur ou un événement présentant les caractères de la force majeure).

480. Nous avons pu constater que le choix constitue la quintessence de l'obligation disjonctive, sans lequel elle ne saurait exister et fonctionner. Son intérêt et sa puissance justifient que la sécurité juridique et l'efficacité de l'obligation soient préservées, lorsqu'il est exercé. Tel est bien le cas à raison de ses effets définitifs et non rétroactifs. Le choix ne peut, ainsi, être remis en cause que dans des cas précis, tels que la mise en œuvre d'une action oblique, d'une action paulienne ou par le juge dans l'hypothèse où il ne serait pas exercé en adéquation avec la finalité du contrat. La détermination du régime juridique de l'obligation, voire du contrat, par l'exercice du choix entraîne l'exécution par le débiteur de la prestation élue. Or, celui-ci peut rencontrer des difficultés économiques, juridiques ou financières et faire l'objet d'une procédure collective. Le sort du créancier de l'obligation disjonctive face à l'ouverture d'une procédure collective de son débiteur est préservé tant au sujet de l'exercice du choix que de l'exécution de la prestation due, dès lors que le contrat a été conclu avant la période suspecte. En cas de conflit avec un tiers acquéreur, ce sont les règles du droit commun qui s'appliqueront. L'exercice ou non du choix déterminera si les droits du créancier de

l'obligation disjonctive prévaudront par rapport à ceux d'un autre créancier.

481. La manifestation du choix vise à l'exécution de la prestation due et implique la disparition de la modalité disjonctive à raison de la réalisation de la fonction pour laquelle elle a été stipulée. Faute de disposition du Code civil, nous avons démontré que c'est l'exercice du choix qui rend exigible la prestation de l'obligation alternative. En d'autres termes, celle-ci comprend *per se* un terme suspensif, si bien que la prestation n'est due qu'à compter de l'accomplissement du choix. Tandis que, concernant l'obligation facultative, si aucun terme n'est stipulé, la prestation principale est immédiatement exigible. Le paiement de l'obligation aura pour effet de satisfaire le créancier et de libérer le débiteur. Par sa structure, le mécanisme de l'obligation disjonctive tend, depuis la formation jusqu'à l'extinction de l'obligation, à la satisfaction des parties.

482. Il est vrai que quelques modifications aux dispositions du Code civil seraient opportunes, dans le dessein de renforcer de nouveau le régime juridique de l'obligation disjonctive. Néanmoins, l'obligation disjonctive est assurément une technique du régime général des obligations en devenir, dès lors que les parties recherchent à la fois de la souplesse, de la sécurité juridique et de l'efficacité à leur opération contractuelle. Il est alors évident que l'obligation disjonctive constitue une nécessité pour la pratique contractuelle et notamment en droit des affaires où nous avons pu proposer des utilisations dans les opérations d'acquisition à effet de levier, dans les contrats de sûretés ou dans les pactes d'associés.

L'avenir des obligations disjonctives appartient à l'imagination des parties.

BIBLIOGRAPHIE

D) TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, Lexisnexis, 7^{ème} éd., 2013.
- AUBY (J.-B.), PERINET-MARQUET (H.) et NOGUELLOU (R.), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2015.
- AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. IV, 6^{ème} éd. par BARTIN (E.), 1860.
- AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, Defrénois, 9^{ème} éd., 2015.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, 4^{ème} éd., 1924.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Des obligations*, t. II, 3^{ème} éd., 1907.
- BEIGNIER (B.) et TORRICELLI-CHRIFI (S.), *Libéralités et successions*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2015.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014.
- BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd., 1991.
- BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, publié par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collab. de LAGARDE (G.), 2^{ème} éd., 1936.
- BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, publié par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), t. XI, *La vente, Le louage des choses*, avec la collab. de LA GRESSAYE (B. de), 2^{ème} éd., 1938.
- BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^{ème} éd., 2010.
- BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, Sirey, 4^{ème} éd., 2014.
- BREGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 1^{ère} éd., 2006.
- BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd., 2014.
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 10^{ème} éd., 2015.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016.

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2015.

CANIN (P.), *Droit civil, Les obligations*, Hachette, 6^{ème} éd., 2013.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000.

CHADEFAUX (M.), *Les fusions de sociétés, Régime juridique et fiscal*, Groupe Revue fiduciaire, 8^{ème} éd., 2016.

CHARVERIAT (A.), COURET (A.) et ZABALA (B.), *Sociétés commerciales, Mémento pratique*, Francis Lefebvre, 47^{ème} éd., 2015.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, par JULLIOT DE LA MARANDIERE (L.), t. II, Dalloz, 11^{ème} éd., 1957.

COLLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), t. II, *Obligation, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 11^{ème} éd., 1959.

COLLART DUTILEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2015.

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, Hypercours, 5^{ème} éd., 2015.

COURET (A.) et LE NABASQUE (H.), *Valeurs mobilières, Augmentations de capital*, Francis Lefebvre, 2004.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 28^{ème} éd., 2015.

DEFOSSE (G.), *Les obligations convertibles en actions*, PUF, 2^{ème} éd., 1970.

DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Lexisnexis, 6^{ème} éd., 2013.

DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Régime général*, Litec, 7^{ème} éd., 2015.

DELVINCOURT (M.), *Cours de Code Napoléon*, t. II, 1813.

DEMOGUE (R.), *Répétitions écrites de droit civil*, B.N. Volumes éditeurs, 1929.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. I, 1921.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. II, 1923.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931.

DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1877.

DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, 1880.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^{ème} éd., 2012.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit, Le problème de l'Etat*, Paris, 3^{ème} éd., 1927.

DUNOD, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens de l'Eglise et des diximes*, Paris, 4^{ème} éd., 1763.

DURANTON (M.), *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. 11, 4^{ème} éd., 1844.

ENGEL (P.), *Traité des obligations*, Berne, 1^{ère} éd., 1997.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, 1^{ère} éd., 2004.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, 1827.

FERRE-ANDRE (S.) et BERRE (S.), *Successions et libéralités*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, Armand Collin, 16^{ème} éd., 2014.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, Armand Collin, 9^{ème} éd., 2015.

FRANÇOIS (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations – Régime général*, Economica, 3^{ème} éd., 2013.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, présentation de MAZEAUD (D.), Dalloz, 2004.

GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, PUF, 1^{ère} éd., 2000.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1^{ère} éd., 1992.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause, Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 1^{ère} éd., 2005.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.), LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., 1916.

HEIDEGGER (M.), *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Galimard, 1962, trad. franç., 1998.

KELSEN (H.), *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, RDP, 1926.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 2^{ème} éd., 1933.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1939.

LAROMBIERE (M.-L.), *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. III, 1885.

LARROUMET (Ch.), *Les obligations, Le contrat*, t. III, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd., 2007.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XVII, 3^{ème} éd., 1878.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XXXII, 3^{ème} éd., 1878.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2015-2016.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2015.

LEVILLAIN (N.) et FORGEARD (M.-C.), *Liquidation des successions*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2013.

LOCRE (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t.12.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Cours magistral, Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Le régime des obligations civiles*, Presses universitaires de Grenoble, 1^{ère} éd., 1992.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2015.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 7^{ème} éd., 2014.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, 8^{ème} éd., 2016.

MALAURIE (Ph.) et BRENNER (C.), *Les successions, Les libéralités*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2014.

MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 15^{ème} éd., 2015.

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd., 2014.

MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, 7^{ème} éd., 1873.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^e éd., 1972.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, t. I, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989.

MAZEAUD (H. et L.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2000.

MAZEAUD (H., J. et L.), *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd. par CHABAS (F.), Montchrestien, 1998.

MAZEAUD (H. et L.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. III, v. 2, *Principaux contrats : Vente et échange*, par DE JUGLART (M.), Montchrestien, 6^{ème} éd., 1987.

MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats, Dossier pratique, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016.

MERLE (Ph.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 19^{ème} éd., avec la collab. de FAUCHON (A.), 2016.

MESSINA (G.), *Nuovo Digesto Italiano, V° Diritti potestativi*, t. 3, 2004.

MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, *Les obligations*, Domat Monchrestien, 4^{ème} éd., 1948.

MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 1881.

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010.

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, PUF, 1969.

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014.

PICOD (Y.), *Droit de la consommation*, Sirey, 3^{ème} éd., 2015.

PIEDELIEVRE (J. et S.), *La publicité foncière*, Defrénois, 2014.

PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, Armand Collin, 4^{ème} éd., 2004.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^{ème} éd. par ESMEIN (P.), RADOUANT (J.) et GABOLDE (G.), 1954.

POUMAREDE (M.), *Droit des obligations, Cours et travaux dirigés*, Montchrestien, 3^e éd., 2014.

PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2^e année, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2014.

POTHIER (R.), *Oeuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t. I, 1835.

RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, Gualino éditeur, 10^{ème} éd., 2013.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, LGDJ, t. II, *Obligations – Contrats – Responsabilité, Droits réels, Biens-Propriété*, 1957.

SALEILLES (R.), *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3^{ème} éd., 1925.

SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, Garanties autonomes et garanties indemnitaires*, Litec, 5^{ème} éd., 2015.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} éd., 2012.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Régime général*, Litec, 6^{ème} éd., 1999.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2015.

TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014.

TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2014.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

THERY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^{ème} éd., 1998.

TOULLIER (C.-B.-M.) et DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français*, vol. 3, 2^{ème} partie, 6^{ème} éd., 1846.

TROPLONG (R.-T.), *De la prescription*, t. I, 1835.

VAZEILLES, *Traité des prescriptions*, t. I, 1832.

VOINOT (D.), *Procédures collectives*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2013.

YILDIRIM (G.), *Droit des obligations*, Bréal éditions, 6^{ème} éd., 2014.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 1^{ère} éd., 2013.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008.

II) THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, thèse Paris I, 2000.
- ANTONMATTEI (P.H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier, LGDJ, 1992.
- AZÉMA (J.), *La durée des contrats successifs*, thèse Lyon, LGDJ, 1968.
- BARGUE (N.), *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris I, 2008.
- BARRET (O.), *L'appauvrissement aux dépens d'autrui en droit privé*, thèse Paris I, 1985.
- BAYDOUN (A.), *Les obligations alternatives*, thèse Paris II, 2005.
- BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris II, 1979.
- BICHERON (F.), *La dation en paiement*, thèse Paris II, 2006.
- BIQUEZ (C.), *Les promesses de vente de fonds de commerce*, thèse Caen, 1958.
- BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001.
- BONNET (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques*, thèse Reims Champagne-Ardenne, 2003.
- BOSC (L.), *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur (actions indirectes et actions directes)*, thèse Aix, 1902.
- BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947.
- BRIAND (P.), *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Nantes, 1999.
- BRUNEAU (Ch.), *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, essai de détermination de l'objet*, thèse Paris II, 1984.
- CAMPANA-REYMOND DE GENTILE (M.-J.), *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse Paris 2, coll. Bibl. dr. com., t. 25, 1971.
- CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927.
- CATALA (N.), *La nature juridique du payement*, thèse Paris, 1960.
- CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977.
- COLLART-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse Tours, 1988.
- COMPARATO (F.-K.), *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, 1963.
- COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse Paris 11, 2001.
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, thèse Paris II, LGDJ, 1995.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, thèse Bourgogne, 2003.

DE GAUDIN DE LAGRANGE (E.), *La crise du contrat et le rôle du juge*, thèse Montpellier, 1935.

DAGORNE-LABBE (Y.), *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, thèse Paris II, 1984.

DEMONTES (E.), *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1924.

DIEUX (X.), *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, thèse Bruxelles, LGDJ, 1995.

DOUBLEIN (C.), *L'unilatéralisme dans les contrats*, thèse Nantes, 2001.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, thèse Rennes 1, LGDJ, 1981.

DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris II, 2003.

EL RAJAB (D.), *L'opposabilité des droits contractuels, Étude de droit comparé français et libanais*, thèse Paris 2, 2013.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, LGDJ, 2000.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris II, 1974.

GISCARD (V.), *De l'obligation alternative*, thèse Dijon, 1888.

GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse Tunis, Sirey, 1957.

GROUBER (V.), *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913.

GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse Paris II, LGDJ, 2004.

GUERLIN (G.), *L'attente légitime du cocontractant*, thèse Amiens, 2008.

GUIMBAUD (M.), *Théorie générale de la dation en paiement*, thèse Poitiers, 1889.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, thèse Paris 1, LGDJ, 2010.

HONTEBEYRIE (A.), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, thèse Paris 1, 2002.

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973.

HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse Paris, 1937.

JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats : Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, thèse Lyon, Dalloz, coll. « Bibl. thèses », 2011.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques*, thèse Paris, 1928.

LATINA (M.), *Essai sur la notion de condition en droit des contrats*, thèse Paris II, LGDJ, coll. « Droit privé », t. 505, 2009.

LECOMPTE (H.), *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille, 2012.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, thèse Paris X, 2004.

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Paris I, LGDJ, 2005.

MARLY (P.-Gr.), *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, thèse Paris I, LGDJ, 2004.

MARTY (R.), *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris II, 1995.

MARUANI (C.), *La clause pénale*, thèse Paris, 1935.

MAUREL (J.), *De la clause pénale dans les obligations*, thèse Caen, 1890.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, thèse Paris XII, 1990.

MILHAC (O.), *Contribution à l'étude de la notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris I, 1996.

MOINE (I.), *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, thèse Bourgogne, LGDJ, coll. « Droit privé », 1997.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse Paris, 1967.

OH (S.-W.), *Action oblique en droits français et coréen*, thèse Paris I, 2002.

LOUDIN-ADAM (A.), *Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Paris II, 1987.

OURY-BRULE (M.), *L'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, thèse Paris II, LGDJ, 2002.

PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse Paris IX, 2001.

PELLIER (J.-D.), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, Contribution à l'étude du concept de coobligation*, thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2012.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), *Régime général des obligations et responsabilité civile*, thèse Aix-Marseille, 2002.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, 1979.

PREVERT (J.), *Inventaire, Paroles*, 1946.

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.

RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1920.

RAFFRAY (R.), *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse Bordeaux-Montesquieu, Dalloz coll., 2011.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse Paris I, LGDJ, 1999.

RONTCHEVSKY (N.), *L'effet de l'obligation*, thèse Paris IX, Economica, 1998.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, thèse Paris, 1963.

ROUTIER (R.), *Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, thèse Lille 2, LGDJ, 1994.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, thèse Paris, 1979.

SANTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux-Montesquieu, LGDJ, 2006.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix-Marseille, 1999.

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977.

TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, LGDJ, 1955.

THEODORESCO (A.-R.), *Théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris, 1923.

VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-Marseille, 1999.

VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.

VOUIN (R.), *La bonne foi, Notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939.

WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Paris, Dalloz, 1939.

WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et en droit allemand*, thèse Paris I, 2002.

III) DICTIONNAIRES, RAPPORTS, OUVRAGES COLLECTIFS ET COLLOQUES

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous la présidence de M. le professeur P. Catala.

BFM Business, « Vincent Bolloré met en gage ses actions Vivendi », 11 sept. 2013.

BRDA, « Ordonnance réformant le droit des contrats », 4/16, n°4.

COB, bull. mensuel, nov. 1989, n°230, p.20.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, PUF, 11^{ème} éd., 2016.

Document de travail relatif à un avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, Ministère de la justice et des libertés, publié le 23 oct. 2013.

Draft Common Frame Of Reference, Chapitre 9 du livre II, notamment art. 10.

GRYNGAUM (L.) et NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, coll., Economica, 2004.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017.

LAMY, *Droit du contrat, La modification de la loi contractuelle*, étude 348, 2015.

LAMY, *Droit du financement, Partie 3, Ressources de trésorerie de l'entreprise*, 2016.

Larousse, *Dictionnaire de français*, disponible sur [http : www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

Loan Market Association (LMA), « Convention d'ouverture de crédit multidevises comportant un crédit à terme et une ouverture de crédit réutilisable ».

LBO, *Capital Transmission*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2013.

« Les LBO, Tour d'horizon technique », *Dr. et patr.* oct. 2006, n°152, p. 39 et s.

Projets de réforme du droit des contrats, publiés en juillet 2008 et février 2009.

IV) ARTICLES ET CHRONIQUES

ANCEL (P.), BRUN (Ph.), FORRAY (V), GOUT (O.), PIGNARRE (G.) et PIMONT (S.), « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP éd. G* 2008. I.213.

AMARO (R.), « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc. consom.*, n°8-9, août 2014, étude 8.

ANTONMATTEI (H.), « Ouragan sur la force majeure », *JCP éd. G* 1996. I.3907 .

ASFAR CAZENAVE (C.), « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux », *RLDC* 2014, p.91.

ASSAYA (L.), « Récents développements en matière de financement des opérations de LBO aux Etats-Unis et en Europe », *RD bancaire et fin.* 2008, n°2, dossier 14.

ASSAYA (L.), « Validité des opérations d'equity swap au regard de la prohibition des pactes léonins », *Banque et Droit* 2002, p. 25.

AUBRY (H.), « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 3-2005, p. 627 et s.

AYNES (L.), « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

AYNES (L.) et HONTEBEYRIE (A.), « Pour une réforme du Code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *D.* 2006.J.328.

BARRET (O.), *Rép. civ. Dalloz, V° Vente (3° effets)*, 2016.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *Rev. Lamy dr. conc.* 2008, n°17.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009-3, p. 1258.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP éd. G* n°14, 4 avr. 2016, 391.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre à deux vitesses », *JCP éd. G* n°21, 25 mai 2015, doct. 603.

BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *Trav. Ass. Capitant*, 1992, p. 291.

BENILLOUCHE (M.), « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA* 29 juill. 2004, p.6.

BILLIAU (M.), *Rép. civ. Dalloz, V° Délégation*, 2016.

BINEAU (L.), « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA* 6 juin 2002, n°113, p. 9.

BLANC (G.), « Les nullités de la période suspecte dans la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 66 et s.

BORGHETTI (J.-S.), « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, 1158.

BOUCHE (V. X.) et GUEDE (X.), « Les donations optionnelles englobent les donations alternatives et facultatives », *JCP éd. N* 2002.49.

BOUT (R.), *Rép. civ. Dalloz, V° Obligation naturelle*, 2016.

BOUTIRON (X.), « Les donations alternatives et facultatives », *Dr. et patr.* 2008, n°174, p. 64-68.

BROS (S.), « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016, 259.

BROS (S.), « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 1^{er} oct. 2012, n°4, p. 1452.

BRUNETTI-PONS (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000.783.

BUCHER (C.-E.), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats, conc., consom.*, n°5, mai 2016, dossier 6.

BUFFELAN-LANORE (Y.), *Rép. civ. Dalloz*, V°Condition, 2016.

CABRILLAC (M.), « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, éd. 1983.

CABRILLAC (M.), « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz 1991, p. 31.

CABRILLAC (R.), « Le projet de réforme du droit des contrats – Premières impressions », *JCP éd. G* 2008.I.90.

CAILLÉ (C.), *Rép. civ. Dalloz*, V°Echange, 2015.

CALAIS-AULOY (J.), « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges GUYON (Y.)*, Dalloz, 2003, p. 171 et s.

CAPITANT (H.), « Sur l'abus de droit », *RTD civ.* 1928.365.

CASEY (J.), « Le mandat posthume », *Dr. fam.* 2006, étude 53.

CASTAGNÉ (S.), « La perte de la qualité d'associé ou comment rédiger une clause d'éviction ou une clause de good/bad leaver », *Droit des sociétés* févr. 2016, n°2, p. 50.

CATTALANO-CLOAREC (G.), « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *Essentiel Droit des contrats* 11 mars 2016, n°3, p. 6.

CEDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Lexinter.net*.

CEVAER (E.) et PERROT (P.-E.), « Le financement de la reprise d'une entreprise par effet de levier (le LBO) – 1^{ère} partie : présentation d'une opération de LBO », *Rev. Lamy dr. aff.* juill.-août 2001, n°62, p. 81 et s.

CHABAS (F.) et GREAU (F.), *Rép. civ. Dalloz*, V°Force Majeure, 2016.

CHAGNY (M.), « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013.500.

CHAGNY (M.), « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP éd. G* 2008. I.196.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), *Rép. civ. Dalloz*, V°Usufruit, 2014.

CHARMONT (J.), « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902.113.

CHEDLY (L.), « La clause de hardship : un difficile équilibre entre le juste et l'utile », *RD aff. int.* n°1-2010, p. 87.

CORNIL (G.), *Debitum et obligatio, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in *Mélanges P. F. Girard*, t. 1, Librairie Arthur Rousseau, 1912.

COSTA (J.-L.), « Condition potestative et validité des contrats », *Administrer*, mars 1985, n°155, p.5.

COUDERT (J.-L.), « Dans les procédures collectives, l'égalité entre les créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? », *LPA* 1992, n°103, p. 12.

DANOS (F.), « La connexité en matière de compensation », *D.* 2015.1655.

DEFOSSE (A.) et PENIGUEL (J.-F.), « Le mandat posthume », *JCP éd. N* 2006.1371.

DELEBECQUE (Ph.), « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

DELNOY (P.), « Pour une vision nouvelle de l'action oblique », *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1969, p. 437.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907.245.

DEROUIN (P.), « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978.1.

DERRIDA (F.), « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », *RJDA* 1993, p. 339-408.

DESCLEVES (A.) et MOUGEL (J.), « Obligations complexes : les nouveaux mécanismes d'accès au capital de l'émetteur ou des sociétés du groupe », *Banque et Droit* sept.-oct. 1999, n°67, p. 13.

DOCKES (M.), « Essai sur la notion de quasi-usufruit », *RTD civ.* 1995.479.

DUPICHOT (Ph.), « User des prérogatives contractuelles » avec la coll. de BRETZNER (J.-D.) et THOMAS (M.), *JCP éd. E* n°25, 23 juin 2016, 1375.

DROSS (W.), *J.-Cl. civ.*, art. 1166, 2016.

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983.1.

FABRE-MAGNAN (M.), « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 1^{er} sept. 2015, n°3, p. 639 et s.

FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p.323.

FABRE-MAGNAN (M.), « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », *JCP éd. G* 2008.I.199.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », *RDC* 1^{er} janv. 2004, n°1, p.7.

FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 1^{er} avr. 2011, n°2, p. 644.

FERRIER (D.) et FERRE (D.), « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2008-776 du 4 août 2008) », *D.* 2008.2234.

FLOUR (J.), « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dixième séance, p. 813.

FORTI (V.), « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *LPA* 31 oct. 2014, n°218.

FRANCOIS (J.), « Les opérations sur la dette », *RDC hors série*, avr. 2016, p. 45

GAUDEMET (A.), « L'irruption de LVMH dans le capital d'Hermès », *D.* 2010.2640.

GAUDEMET (S.), « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., consom.* n°5, mai 2016, dossier 5.

GAUTIER (P.-Y.), « Causes et effets différents d'une même obligation, le remboursement anticipé du prêt d'argent », *RTD civ.* 1993.607.

GAUTIER (P.-Y.), « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 2004, p. 543.

GEBLER (M.-J.), « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969.1.

GENTILHOMME (R.), « L'extinction anticipée du quasi-usufruit (1^{ère} partie), *JCP éd. N* 2009.1165.

GENTILHOMME (R.), « Les donations complexes », *JCP éd. N* 2006.1353.

GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.* 1990.147.

GHESTIN (J.), « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Mél. WEIL*, p. 243.

GINESTET (C.), « La qualification des sûretés », *Deffrénois* 30 janv. 1999, p. 80 et 28 févr. 1999, n°4.

GOBERT (M.), « La publicité foncière, cette mal-aimée », *Deffrénois* 1979, p.207.

GREAU (F.), *Rép. civ. Dalloz, V° Action oblique*, 2016.

GREAU (F.), « Régime général des obligations et responsabilité civile », *RLDC* 2014, 113.

GRIMALDI (M.), « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, p. 6.

GRIMALDI (M.) et GENTILHOMME (R.), « La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *LPA* 3 juin 1999, n°110, p. 11.

GRUA (F.), *L'obligation et son paiement, Mélanges Guyon*, Dalloz, p. 479.

GUIHO (P.), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954.1.

GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Mélanges Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001.

HAMELIN (J.-F.), *Rép. civ. Dalloz*, V° *Dation en paiement*, 2016.

HEBERT (S.), « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008.307.

HIEZ (D.), « La nature juridique de la dation en paiement, Une modification de l'obligation aux fins de paiement », *RTD civ.* 2004.199.

HONTEBEYRIE (A.), « Pluralité d'objets : consécutions et rénovation », *Dr. et patr.* 2015, 249.

HONTEBEYRIE (A.), « Quelques incidences de la réforme du droit des obligations en matière de responsabilité civile », *Dr. et patr.* 2016, 259.

HONTEBEYRIE (A.), « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* 2014, 113.

HOVASSE (H.), J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 2030, *Warrant financier*, 2012.

HUBLLOT (G.), « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et patr.* 2013, 121.

HUET (J.), J.-Cl. civ., art. 1641-1649, 2015.

HUMANN (C.), « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p.169, n°7.

JAMIN (Ch.), *Demogue*, « Juriste de l'impermanence », in *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, 2013.

JAMIN (Ch.), « Typologie des théories juridiques de l'abus », *rev. conc. consom.* 1996, n°92, p.7.

JOSSERAND (L.), « Force majeure et cas fortuit », *DH* 1934, chron. 25.

JULIENNE (M.), « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. patr.* 2016, 260.

KARILA DE VAN (J.), « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995.533.

LABBE, « De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier », *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.* 1856, p. 208.

LAGARDE (X.), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007.740.

LAGARDE (F.-M.) et DARIOSECQ (S.), « LVMH/Hermès : Quelle réglementation pour quelle transparence ? », *Bull. Joly Bourse* 1^{er} févr. 2011, n°2, p. 152.

LAITHIER (Y.-M.), « L'exécution des obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Vol. 9, Société de Législation Comparée, 2010.

LARROUMET (Ch.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008.2441.

LASSERRE (V.), « La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016.1578

LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD com.* 1995.307.

LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mél. Terré, Dalloz, 1999.

LECUYER (H.), « Observations sur les donations alternative et facultative », *Dr. famille avr.* 1999, p. 4.

LE FUR (A.-V.), « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004.429.

LEGEAIS (D.), « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP éd. E* 2005, 1510, p. 1747, n°3.

LE GRIEL (H.), « La jurisprudence récente concernant la lésion dans la vente immobilière », *D.* 1967.I.57.

LEJEUNE (F.), « Donations facultatives : une souplesse adaptée à un monde qui change », *Dr. et patr.* 2008, n°170, p. 22-23.

LEOTY (D.), « La nature juridique de la dation en payment, La dation en payment, paiement pathologique », *RTD civ.* 1975.12.

LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ. Dalloz, V° Mandat*, 2016.

LEVY (E.), « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910.717.

LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000.47.

LOISEAU (V.), « Réflexions sur la nature juridique du paiement », *JCP éd. G* 2006.I.171.

LOKIEC (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007.321.

LYON-CAEN (G.), « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946.75.

MALAURIE (Ph.), « L'indétermination du prix dans les contrats de concession », *contrats, conc., consom.* 1995, p.64.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc. conso.* 2008, chron. 5.

MALINVAUD (Ph.), « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008.2551.

MALINVAUD (Ph.) et JESTAZ (Ph.), « Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire », *JCP* 1976.I.2790.

MARCHESSAUX (I.), « L'opposabilité du contrat aux tiers », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1992.

MASSÛE (H. de La), « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion d'abus de droit », *RTD civ.* 1948.27.

MARTIN (D.R.), « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994.249.

MARTY (R.), « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 et 22 nov. 2000, n°232 et 233, p. 4 et 8.

MARTY (R.), « Les clauses d'événements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement », *JCP éd. E* 2011.1250.

MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2/2006, p. 363 et s.

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999.

MAZEAUD (D.), « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005.1828.

MAZEAUD (D.), « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008.2675.

MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936.1.

MEKKI (M.), « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016.495.

MEKKI (M.), « La réforme du droit des obligations : questions pratiques – Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n°17, p.11.

MEKKI (M.), « Se conformer au nouveau droit des contrats – Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », avec la coll. de DARROIS (J.-M.) et GAUVAIN (J.-M.), *JCP éd. E* n°25, 23 juin 2016, 1373.

MENARD (Cl.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. GHESTIN (J.), Le contrat au début du XX^{ème} siècle*, LGDJ, 2001.

MERCIER (V.), *J.-Cl. civ.*, art. 582 à 599, 2015.

MESTRE (J.), « De la notion de clause pénale et ses limites », *RTD civ.* 1985.372.

MESTRE (J.), « Le juge face aux stipulations contractuelles excessives », *RTD civ.* 1988.110.

MESTRE (J.), « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Litec, 2004.

MESTRE (J.) et CAVALIE (B.), « L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC* mars 2009, suppl., n°58, p. 19.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966.216.

MIGNOT (M.), *J.-Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, 2016.

MIGNOT (M.), *J.-Cl. civ.*, art. 1584, 2016.

MILLET (F.), « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *JCP éd. G* n°11, 10 mars 2004, p. 441.

MIRBEAU-GAUVIN (J.-R.), « Le remboursement anticipé en droit français », *D.* 1995.45.

MONTERAN (Th.), « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », *Gaz. Pal.* 2003, III, p. 2716 et s.

MORTIER (R.), HOVASSE (H.) et MARCHETEAU (D.), « Les LBO (leverage buy out) », *Actes prat. ing. sociétaire*, mai-juin 2008, p. 3 et s.

MOUIAL-BASSILANA (E.), « L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde », *D.* 2006, *Cahier dr. des aff.* 1950 et s.

MOURY (J.), « La détermination du prix dans le nouveau droit commun des contrats », *D.* 2016.1013.

MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L650-1 du Code de commerce », *D.* 2006.1743.

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD. civ.* 1988.481.

NAJJAR (I.), « Clause de substitution et position contractuelle », *D.* 2000.635.

NOSSEREAU (M.), « Le terme, modalité de l'obligation », *Dr. et patr.* janv. 2000, p. 50.

OHNET (J.-M.), « Quelques points d'interrogation relatifs à certains effets de la dation en paiement », in *Etudes Simler, Litec*, 2006.

OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 et s.

PAILLER (P.), « L'AMF condamne LVMH pour sa montée masquée au capital d'Hermès », *JCP éd. E* n°37, 12 sept. 2013, 1503.

PAILLIER (P.), « Régime général de l'obligation et procédure collective », *RLDC* 2014, 113.

PAISANT (G.), « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale », *RTD civ.* 1985.647.

PAISANT (G.), « Les critères d'appréciation des clauses abusives, in les clauses abusives dans les contrats de consommation », *INC Hebdo* n°1015, 12 déc. 1997.

PELISSIER (A.-C.), « La MAC Clause », *RLDC* 2006/26, n°1081.

PELLET (S.), « Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure ! », *Essentiel Droit des contrats* 11 mars 2016, n°3, p. 5.

PERES (C.), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP éd. G* n°16, 18 avr. 2016, 454.

PETIT (B.) et ROUXEL (S.), *J. Cl. civ.*, art. 1101 à 1108-2, 2016.

PICOD (Y.), *Rép. civ. Dalloz, V° Obligations*, 2016.

PIGNARRE (G.), *Rép. civ. Dalloz*, V° *Dépôt*, 2014.

PIMONT (S.), *Rép. civ. Dalloz*, V° *Clause pénale*, 2016.

PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972.67.

POITRINAL (F.-D.), « Cessions d'entreprises : les conventions de earn out », *JCP éd. N* n°14, 9 avr. 1999, p. 594.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP éd. G* 1998.I.138.

POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010.209.

PONSARD (M.), « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats, conc. consom.* n°5, mai 2013, dossier 4.

PORACCHIA (D.), RIZZO (F.) et PELLIER (J.-D.), J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 780, *Garanties intrinsèques au régime des obligations*, 2016.

PORTIER (Ph.), sous Communiqué de presse de la COB, 20 déc. 2002, « Émission d'obligations remboursables en actions (ORA) et d'obligations convertibles en actions (OC) », *RD bancaire et fin.* 1^{er} janv. 2003, n°1, p. 37-38.

POULLET (Y.), « Les garanties contractuelles dans le commerce international », *Dr. prat. com. int.*, 1979, p. 387.

PRIGENT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008.401.

PUBELLIER (D.) et BERTREL (M.), « Comment organiser l'accès au capital des équipes, des dirigeants dans les opérations de LBO ? », *Actes. prat. ing. sociétaire* sept-oct. 2011, n°106.

QUETAND-FINET (C.), « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013.942.

RAYMOND (G.), J.-Cl. conc. conso., fasc. 820, *Clauses abusives*, 2015.

REVEL (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

RIPERT (G.), « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. Lég. Jurispr.* 1929, p. 33.

ROBINE (D.), « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un cadeau empoisonné ? », *D. aff.* 2006, chron. 69.

ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », Études offertes à Jacques GHESTIN, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001.

ROCHFELD (J.), « Recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 1^{er} déc. 2003, n°1, p. 22.

ROEST (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1991. chron, p. 92 et s.

ROTONDI (M.), « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD civ.* 1980.66.

ROTONDI (M.), « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution », *RTD civ.* 1979.1.

ROUAST (V. A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944.1.

ROUSSEL-GALLE (Ph.) « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal. proc. coll.*, 8-10 mars 2009, p. 21 et s.

ROUTIER (R.), « L'article L650-1 du Code de commerce : un article détonnant pour le débiteur et détonant pour le contribuable ? », *D.* 2006.2916.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et MONSERIE-BON (M.-H.), J.-Cl. com, fasc. 2505, *Redressement et liquidation judiciaires, Nullités de droit, Régime des paiements*, 2015.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), *Rép. com. Dalloz*, V° *Clauses abusives*, 2016.

SAUVAGE (F.), « Les nouvelles frontières du quasi-usufruit », *JCP éd. N* 21 avr. 2000, n°16, p. 691

SERIAUX (A.), « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004.225.

SIMLER (Ph.), « La délégation du maître de l'ouvrage », *RDI* 1996, p. 150.

SIMLER (Ph.), J. Cl. civ., art. 1271 à 1281, 2016.

SIMLER (Ph.), J.Cl. civ., art. 1136-1145, 2016.

SIMLER (Ph.), « Rapport de synthèse », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.75.

SIRINELLI (V.), « Le quasi-usufruit », *LPA* 21 et 26 juill. 1993, n°87-89.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC* 2003, p. 59.

STOUFFLET (J.), « Commentaires de diverses clauses insérées dans les contrats de financement d'opérations de LBO », *RD bancaire et fin.* mars 2008, n°2, dossier 15.

TAISNE (J.-J.), J.Cl. civ., art. 1168 à 1174, 2016.

TEBOUL (G.), « Le sort des contrats pendant les procédures collectives : quels choix opérer », *Gaz. Pal.* 2004, I, p. 938 et s.

- TELLIER (V.), « La nature juridique de l'action oblique », *Rev. rech. jur. Droit prospectif* 2002, p. 1835.
- TUNC (A.), « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.* 1935.19.
- TOURNAFOND (O.), « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français ? », *D.* 2008.2607.
- VANCAENEGHEM (P.-M.) et FERON (S.), « Les obligations convertibles », *Option Finance*, n°964, 21 janv. 2008, p. 36.
- VAREILLE (B.), « Le mandat à effet posthume », *LPA* 2007, n°129, p. 16.
- VEAUX (D.), *J.Cl. civ.*, art. 1189 à 1196, anc. fasc., 1992.
- VEAUX-FOURNERIE (P.), VEAUX (D.) et GARNIER (M.), *J. Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 85, *Typologie des obligations*, 2012.
- VINCKEL (F.), « Le droit d'action des créanciers chirographaires dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2007/1, p. 6.
- VINCKEL (F.), « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 une réforme en trompe l'œil », *JCP éd. E* 2006.III.1118.
- WICKER (G.), « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 12 et s.
- ZABALA (B.), « La libéralisation du régime des valeurs mobilières composées et ses enjeux », *Revue Banque* n°676, janv. 2006, p. 50.
- ZABALA (B.), « Valeurs mobilières complexes : une réforme française », *Revue Banque* déc. 2014, n°778, p. 54.
- ZAJAC (P.), « Le bail accidentel de la chose d'autrui », *JCP éd. N.* 1995.641.
- ZENATI (F.), « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001.

V) NOTES, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- AGOSTINI (E.),
- note sous Cass. 1^{er} civ., 18 févr. 1971, *D.* 1972.53.
 - note sous Cass. 1^{er} civ., 14 févr. 1995, *D.* 1996.391.
- ANCEL (P.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 17 nov. 1999, *D.* 2000.407.
- AUBERT (J.-L.),
- obs. sous Cass. 3^e civ., 26 juin 1973, *Defrénois* 1974.I.345, art. 300553, n°16.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 17 oct. 1979, *Defrénois* 1980, art. 32348, p. 606.
- obs. sous Cass. com., 28 févr. 1983, *Defrénois* 1984, p. 294.
- note sous Cass. com., 3 nov. 1992, *Defrénois* 1993, art. 35663, p. 1377.
- obs. sous Cass. 1^e civ., 3 mars 1998, *Defrénois* 1998, p. 734.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *Defrénois* 2004, art. 38035, n°77.
- AUDIT (B.), obs. sous Cass. 3^e civ., 8 oct. 1980, *D.* 1981.IR.441.
- AUQUE (F.), obs. sous Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *JCP éd. E* 2007.II.1000.
- AYNES (A.),
 - obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RDC* 2010, 1341.
 - chron. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Dr. et patr.* 2013, n°227, p. 88.
- AYNES (L.),
 - obs. sous Cass. 1^e civ., 23 mai 1995, *D.* 1996.J.113 et 114.
 - note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996.13.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2001, *D.* 2001.J.3110.
 - note sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, *D.* 2011.851.
- AYNÈS (L.) et MAZEAUD (D.), obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC* 2007, 11.07.
- BARBIERI (J.-F.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Bull. Joly Sociétés* 2013, n°3, p. 186.
- BARTHEZ (A.-S.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999, *JCP éd. G.* 2000.II.10309.
- BASTIAN (D.), note sous Req., 12 juin 1945, *JCP* 1946.II.3203.
- BASCOULERGUE (A.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *JCP éd. G* 2013.I.897.
- BECQUE (E.), obs. sous Angers, 11 avr. 1951, *JCP* 1951.II.6615.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.),
 - note sous Cons. const., 13 janv. 2001, déc. n°2010-85 QPC, *RDC* 2011/2, p. 538.
 - note sous T. com. Evry, 7 févr. 2013, *RDC* 1^{er} juill. 2013, n°3, p. 979.
 - note sous Cass. com., 3 mars 2015, *JCP éd. G.* 2015, 603 et *RDC* 1^{er} sept. 2015, n°3, p. 523.
- BERGEL (J.-L.), Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, *RDI* 1997.207.
- BILLIAU (M.),
 - obs. sous Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *JCP éd. G* 2006.II.10181.
 - obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *JCP éd. G* 2013.I.897, n° 8.
- BONNEAU (Th.), note sous Cass. com., 13 févr. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n°120.
- BOCCARA (B.),
 - obs. sous Paris, 29 juin 1964, *JCP éd. G* 1965.II.14135.
 - note sous Cass. com., 8 nov. 1972, *JCP éd. G* 1973.II.17565.
 - note sous Cass. 1^e civ., 19 nov. 1996, *RTD com.* 1997.498.

- note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Banque* 2013, n° 762, p. 84.
- BORIES (A.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *JCP éd. E* 2005.70.
- BOULOC (B.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 23 mai 1995, *RTD com.* 1996.112.
- BRICOUT, rapp. sur Req., 17 juill. 1929, *DP* 1929.1.143.
- BRUN (F.), note sous Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *RLDC* 2007, n°34.
- BRUN (Ph.) et GOUT (O.), chron. sous Cass. 1^{er} civ., 15 janv. 2015, *D.* 2016.25.
- BRUNET (A.) et GHOZI (A.), chron. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1998.1.
- BRUSCHI (M.), note sous Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, *RDI* 2000, 20.
- BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), art. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *LPA* 27 déc. 1995.
- CABANNES (J.), concl. sur Paris, 28 mai 1974, *D.* 1974.685.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, obs. sous Req., 7 janv. 1925, *DH* 1925.57, t. 2 *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 13^{ème} éd., 2015, n°262, p. 623.
- CASSON (Ph.),
 - note sous Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, *LPA* 10 janv. 2000, n°6, p. 21.
 - note sous Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, *LPA* 7 janv. 1998, n°3, p. 18.
- CERLES (A.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RD bancaire et fin.* 2013, n° 2, comm. 58.
- CHABAS (F.),
 - obs. sous Cass. 1^{er} civ., 17 oct. 1979, *RTD civ.* 1980.766.
 - obs. sous Cass. com., 28 févr. 1983, *RTD civ.* 1983.746.
- CHARTIER (Y.), note sous Cass. com., 15 juin 1993, *Rev. Sociétés* 1993.797.
- CHEVALIER (J.), note sous Cass. 1^{er} civ., 3 juin 1966, *RTD civ.* 1967.384.
- CORNU (G.),
 - obs. sous Cass. 3^e civ., 30 mai 1969, *RTD civ.* 1970.188.
 - obs. sous Cass. com., 11 oct. 1978, *RTD civ.* 1980.364.
 - obs. sous Cass. com., 19 déc. 1979, *RTD civ.* 1980.780.
- CRÉDOT (F.-J.) et SAMIN (T.), obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RD bancaire et fin.* 2013, n° 4, comm. 121.
- CROCQ (P.),
 - obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RTD civ.* 2010.595.
 - obs. sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, *RTD civ.* 2011.158.
 - obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *D.* 2013.1710.
- COURET (A.),
 - note sous Versailles, 31 mars 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 627.

- note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Dr. et patr.* 1996. 49.

DAIGRE (J.-J.),

- note sous Cass. com., 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 496, n°168.

- note sous Cass. com., 12 juill. 2011, *Rev. sociétés* 2012. 102.

DAMAS (N.), chron. sous Cass. 3^e civ., 20 janv. 2010, *D.* 2011.1181.

DELEBECQUE (Ph.)

- note sous Cass. 1^e civ., 2 déc. 1992, *D.* 1993.213.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 9 mai 1994, *Defrénois* 1995, p. 340.

- note sous Cass. 1^e civ., 23 mai 1995, *Defrénois* 1995, p. 345.

- obs. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Defrénois* 1996, p. 747.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, *D.* 1997.175.

- obs. sous Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997, *Defrénois* 1997, p. 1346.

- note sous Cass. com., 7 déc. 2004, *D.* 2005.2392.

- obs. sous Cass. com., 7 déc. 2004, *RTD com.* 2005.188.

- note sous Cass. com., 7 déc. 2004, *BTL* 2005, p.12.

- obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *JCP éd. G* 2011, 226, n°17.

- obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RD transports* 2013, n° 2, p. 37.

DELPECH (X.), note sous Cass. 1^e civ., 16 mai 2006, *D.*, IR, n°22, p. 1482.

DEROUIN (P.), note sous Cass. com., 6 juin 1990, *Bull. Joly.* 1990, p. 813.

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.), obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RTD com.* 2013.87.

DOIREAU (S.), note sous Cass. 1^e civ., 16 mai 2006, *RLDC* 2006, p. 13.

DUPICHOT (Ph.), obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 94.

EL MEJRI (A.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *LPA* 2013, n° 74, p. 7.

FABRE-MAGNAN (M.), obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, *JCP* 1997.I.4002.

FAGES (B.),

- obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RTD civ.* 2007.773.

- obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RTD civ.* 2013.16.

FERRIER (D.),

- obs. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1997, somm. 49.

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2001, déc. n°2010-85 QPC, *D.* 2012.577.

FOURGOUX (J.-C.),

- note sous TGI Paris, 16 nov. 1998, *Gaz. Pal.* 1998.2.789.

- note sous Cons. const., 13 janv. 2001, déc. n°2010-85 QPC, *Contrats, conc. consom.* 2011, étude 5.

FRANÇOIS (J.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ, 13 avr. 1999, *D. dr. aff.* 1999.937.

FRISON-ROCHE (M.-A.), note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *RJDA* 1996, p. 5.

GABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.), obs. sous TGI de Tours, 4 juin 1987, *RTD com.* 1989.504.

GAUTIER (P.-Y.),

- note sous Cass. 1^e civ., 24 nov. 1993, *RTD civ.* 1994.631.
- obs. sous Cass. 1^e civ., 3 mars 1998, *RTD civ.* 1998.402.
- note sous Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007.2844.

GHESTIN (J.),

- note sous Cass. 1^e civ., 17 oct. 1979, *JCP éd. G* 1981.II.19627.
- note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP éd. G* 1996.II.22565

GIBOULOT (A.), note sous Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 76.1.195.

GIJSBERS (C.), obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *RLDC* 2013/102, n° 5013.

GRIMALDI (C.), note sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, *Deffrénois* 2011, art. 39211.

GROSLIERE (J.-C.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), note sous Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997, *RDI* 1998 p. 108.

GROSSER (P.), note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, *JCP éd. G.* 2006. II.10087.

GUILLOT (J.), note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Banque* 1996. 82.

HALLOUIN (J.-C.), note sous Versailles, 12 janv. 1996, n°11352/92, *Bull. Joly. Sociétés* 1996, p. 377.

HAURIOU (M.), note sous CE, 30 mars 1916, *S.* 1916.III.17.

HONTEBEYRIE (A.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *D.* 2013.1183.

HOUIN (R.), note sous Cass. com., 11 oct. 1978, *D.* 1979.135.

HOUTCIEFF (D.), obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *D.* 2006.1693.

HUBRECHT (G.), note sous Cass. 3^e civ., 30 mai 1969, *JCP éd. G.* 1970.II.16173.

HUET (J.), note sous Cass. 1^e civ., 19 nov. 1996, *JCP* 1997.II.22862.

JAMIN (Ch.), note sous Cass. com., 21 janv. 1997, *D.* 1997.J.414.

JEOL (M.), concl. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996.13.

JOURDAIN (P.), note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, *D.* 2006.1577.

LACHIÈZE (Ch.),

- note sous Cass. 1^e civ., 15 janv. 2015, *JCP éd. G* 2015.290.
- note sous Cass. 1^e civ., 9 avr. 2015, *JCP éd. G* n°26, 29 juin 2015, 760.

LAITHIER (Y.-M.), note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, *RDC* 2006. 1083.

LAUDE (A.), note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D. Aff.*, 1996. I.4.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), obs. sous Cass. com., 12 juill. 2011, *RTD com.* 2011.584.

LEGEAIS (D.),

- note sous Cass. com., 26 mai 2010, *JCP éd. E* 2010.1601.

- obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Rev. sociétés* 2013.291.

LENOAN (R.), note sous Cass. civ., 10 avr. 1948, *D.* 1948.421.

LEVEL (P.), obs. Cass. com., 6 janv. 1970, *JCP* 1970.II.16240.

LEVENEUR (L.),

- obs. sous Cass. 1^{er} civ., 24 nov. 1993, *Contrats, conc., consom.* 1994, n°21.

- note sous Cass. 1^{er} civ., 21 nov. 1995, *Contrats, conc., consom.* 1996, n°18.

- note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP éd. E* 1996.II.776.

- obs., sous Cass. 3^e civ., 26 janv. 2005, *Contrats, conc., consom.* 2005, n°83.

- obs. sous Cass. 3^e civ., 9 mars 2005, *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. 128.

- note sous Ass. plén., 14 avr. 2006, *Contrats, conc., consom.* 2006, n°152.

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 6 oct. 2004, *Defrénois* 2005, p. 612.

- obs. sous Cass. 1^{er} civ., 16 mai 2006, *Defrénois* 2006, p. 1220.

LOUSSOUARN (Y.), note sous Cass. com., 11 oct. 1978, *JCP éd. G* 1979.II.19034.

MAINGUY (D.),

- note sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Cah. dr. entr.* 1998/2.

- note sous Cons. const., 13 janv. 2001, déc. n°2010-85 QPC, *JCP éd. G* 2011.274.

MARTEAU-PETIT (M.), note sous Cass. com., 6 juin 1990, *JCP éd. E* 1991.II.166.

MARTY (R.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *JCP éd. E* 2013.I.43.

MATHEY (N.), note sous Cass. com., 3 mars 2015, *Contrats, conc., consom.* n°5, mai 2015, comm. 115.

MATTER (P.), concl. sous Cass. civ., 3 juin 1930, *DH* 1930.361.

MAZEAUD (D.),

- note sous Cass. 1^{er} civ., 2 déc. 1992, *D.* 1993.213.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, *Defrénois* 1997, art. 36516, p. 333.

- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, *Defrénois* 1999, art. 36953, p. 371.

- note sous Cass. 1^{er} civ., 13 avr. 1999, *Defrénois* 1999, art. 37041.

- obs. sous Cass. 1^{er} civ., 12 mai 2004, *RDC* 2004, p. 925.

MEKKI (M.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, *Gaz. Pal.* 9 févr. 2012, p. 11.

- note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *JCP éd. N* 2013.31.

MESTRE (J.)

- obs. sous Cass. 3^e civ., 16 avr. 1986, *RTD civ.* 1987.540.

- obs. sous TGI de Tours, 4 juin 1987, *RTD civ.* 1988.110.

- obs. sous Cass. com., 6 juin 1990, *RTD civ.* 1991.741.

- obs. sous Cass. com., 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993.124.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 9 mai 1994, *RTD civ.* 1995.110.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 23 mai 1995, *RTD civ.* 1995.620.

- obs. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *RTD civ.* 1996.153.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, *RTD civ.* 1997.418.

- obs. sous Cass. com., 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1998.98.

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- obs. sous Cass. 1^e civ., 21 nov. 1995, *RTD civ.* 2005.783.

- obs. sous Paris, 19 mai 2000, *SA Alcatel Réseaux d'entreprises Ile-de-France c/ SARL, Fryma*, *RTD civ.* 2000.570.

- obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, *RTD civ.* 2002.294.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 12 mars 2002, *RTD civ.* 2002.805.

- obs. sous Cass. 1^e civ., 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2004.734.

- note sous Cass. com., 7 déc. 2004, *RTD civ.* 2005.782.

- obs. sous Cass. 3^e civ., 26 janv. 2005, *RTD civ.* 2006.316.

- note sous Cass. 1^e civ., 16 mai 2006, *RTD civ.* 2006.556 et *RLDC* 2007, 35.

MIGNOT (M.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Gaz. Pal.* 28 févr. 2013, p. 9.

MOUSSERON (J.-M.), obs. sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP éd. E* 1996.I.523.

NETTER (E.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Banque et droit* 2013, n^o148, p. 49.

NOGUERO (D.), chron. Ass. plén., 14 avr. 2006, *D.* 2006.1566.

PAISANT (G.), obs. sous Paris, 16 mai 1989, *D.* 1989.121.

PENNEAU (A.), note sous Cass. 1^e civ., 7 févr. 2006, *D.* 2006.1796.

PERINET-MARQUET (H.), obs. sous Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, *JCP éd. G* 1997.I.4010.

PETIT (B.), obs. sous Paris, 7 mars 1989, *JCP* 1989.II.21318.

PICOD (Y.),

- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, *JCP éd. G* 1999. II.10210.

- note sous Cass. 1^e civ., 17 nov. 1999, *JCP éd. G* 2000.II.10403.

PONSARD (A.),

- note sous Cass. 1^e civ., 20 juin 1961, *JCP éd. G* 1961.II.12352.

- note sous Cass. 1^{er} civ., 28 mai 1974, *D.* 1975.J.144.

REMY (P.), sous Cass. 3^{er} civ., 5 déc. 1984, *RTD civ.* 1985.592.

REVET (Th.), obs. sous Cass. 3^{er} civ., 12 janv. 2011, *RTD civ.* 2011.369.

REYGROBELLET (A.), note sous Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n°12.

RIVES-LANGE (J.-L.), note sous TGI de Tours, 4 juin 1987, *Banque* 1987.725.

ROBERT (A.),

- obs. sous Cass. 3^{er} civ., 24 oct. 1990, *D.* 1991.367.

- obs. sous Cass. 3^{er} civ., 17 juill. 1996, *D.* 1997.20.

ROBERT (J.), note sous Paris, 28 déc. 1976, *JCP éd. G* 1978.II. 18810.

SAINTE-ROSE (J.), concl. sous Cass. 1^{er} civ., 3 mars 1998, *JCP* 1998.II.10115.

SERANDOUR (I.), note sous Cass. com., 15 janv. 2013, *LPA* 2013, n° 109, p. 15.

SAVAUX (E.), obs. sous Ass.plén., 14 avr. 2006, *Deffrénois* 2006.1212.

SERIAUX (A.), note sous Cass. com., 22 oct. 1996, *D.* 1997.121.

SEUBE (J.-B.), note sous Cass. 3^{er} civ., 12 janv. 2011, *Dr. et patr.* juin 2011, p. 80.

SIMLER (Ph.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 17 nov. 1999, *JCP éd. G* 2000. I.209.

SIMON (O.), note sous Cass. 1^{er} civ., 10 déc. 1974, *D.* 1975.777.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- note sous Cass. com., 15 janv. 2002, *D.* 2002.J.1974.

- chron. sous Cass. 1^{er} civ., 7 févr. 2006, *Dr. et patr.* 2006, n°152.

- note sous Cass. 1^{er} civ., 16 mai 2006, *Dr. et patr.* 2006, n°152.

- note sous Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007.2839.

TAISNE (J.-J.), note sous Cass. 3^{er} civ., 7 janv. 2016, *JCP éd. G* n°8, 22 févr. 2016.

THUILLIER (B.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 28 mai 1974, *JCP éd. G* 1975.II.7911.

TOSI-DUPRIET (I.), chron. sous Cass. 1^{er} civ., 15 janv. 2015, *Gaz. Pal.* 12 févr. 2015, n°43, p. 19.

VASSEUR (M.),

- obs. sous Paris, 22 nov. 1985, *D.* 1986.IR.155.

- obs. Paris, 1^{er} oct. 1986, *D.* 1987.171.

VIANDIER (A.), note sous Cass. 1^{er} civ., 3 juin 1986, *JCP* 1987.II.20791.

VINEY (G.),

- note. sous Ass.plén., 14 avr. 2006, *RDC* 2006.1207.

- note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, *D.* 2006.2825.

- obs. sous Cass. 1^{er} civ., 14 oct. 2010, *RDC* 2011.454.

VIRASSAMY (G.),

- note sous Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, *D.* 1993.493.

- note sous Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP éd. G* 1993.II.22614.

ZATTARA-GROS (A.-F.), obs. sous Cass. com., 15 janv. 2013, *Gaz. Pal.* 6 avr. 2013, p. 28.

ZÉNATI (F.), obs. sous Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, *RTD civ.* 1997.457.

VI) DECISIONS DE JURISPRUDENCE

Cass. civ., 14 mai 1806, *S.* 1806.1.331.

Req., 16 mars 1852, *DP.* 1852.1102 ; *S.* 1852, 1, p. 636.

Agen, 23 janv. 1860, *S.* 1860.2.318.

Req., 24 avr. 1860, *S.* 1861.1.363.

Cass. civ., 14 déc. 1863, *S.* 1864.1.77.

Montpellier, 10 août 1865, *S.* 1866.2.219.

Cass. civ., 29 janv. 1867, *DP* 1867.1.53 ; *S.* 1867, 1, 24.

Cass. civ., 6 mars 1876, *S.* 1876.1.161, *Grands arrêts*, t. 2, n°165.

Cass., 28 déc. 1889, *S.* 1891.1.293.

Cass. civ., 12 mars 1890, *S.* 1890.1.270.

Cass. civ., 6 mai 1890, *S.* 1891.1.126.

Douai, 21 mars 1891, *D.* 1891.549.

Cass. civ., 24 mai 1892, *DP.* 1892.1.

Cass. civ., 25 nov. 1896, *Gaz. Pal.* 1896.2.678 ; *S.* 1897.1.76 ; *D.* 1897.1.34.

Cass., 18 déc. 1900, *D.* 1901.1.251.

Req., 1^{er} déc. 1902, *D.* 1904.1.

Cass. civ., 3 août 1915, *Clément Bayard*, *DP* 1917.1.79, *Grands arrêts*, n°67.

CE, 30 mars 1916, *DP* 1916.III.25.

Cass. req., 10 fév. 1925, *S.* 1925.1.61.

Req., 30 mars 1926, *DH* 1926.217.

Cass. com., 20 mai 1927, *S.* 1927.I.263.

Req., 17 juill. 1929, *S.* 1930.1.80.

Cass. civ., 3 juin 1930, *DH* 1930.361 ; *DP* 1931.3.

Colmar, 27 oct. 1931, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine* 1932, p.100.

Cass. civ., 21 déc. 1932, deux arrêts, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 262.

Colmar, 27 avr. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, p. 295 et s.

Cass. req., 15 janv. 1934, *DH* 1934.97.

Cass. civ., 5 juin 1934, *DH* 1934.394.

Cass. com., 21 déc. 1951, *Bull.civ.* I, n°59.

T. civ. Seine, 19 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, p. 135-136.

Cass. 1^{er} civ., 4 mars 1958, *D.* 1958.495.

Cass. 1^{er} civ., 17 juill. 1958, *D.* 1958.J. 619.

Paris, 10 févr. 1959, *D.* 1959.356.

Cass. com., 20 nov. 1962, *Bull. civ.* IV, n°470, *D.* 1963.3.

Cass. 1^{er} civ., 17 juin 1963, *Bull. civ.* I, n°322, *JCP* 1963.II.13313.

Cass. soc., 28 sept. 1963, *Bull. civ.* IV, n°739

Cass. com., 20 nov. 1963, *Bull. civ.* III, n°492.

Cass. com., 17 mai 1965, *Bull. civ.* III, n°321.

Cass. 1^{er} civ., 7 févr. 1966, *Bull. civ.* I, n°88.

Cass. 3^{er} civ., 4 juill. 1968, *Bull.civ.* III, n°325.

Cass. 3^{er} civ., 11 juin 1970, *Bull. civ.* III, n°401.

Cass. com., 30 juin 1970, *Bull. civ.* IV, n°226.

Cass. 1^{er} civ., 20 oct. 1971, *Bull. civ.* I, n°271 ; *JCP éd. G* 1971.IV.269.

Cass. com., 24 avr. 1972, *Bull. civ.* IV, n°120.

Cass. 3^{er} civ., 26 avr. 1972, *Bull. civ.* III, n°260 ; *Gaz. Pal.* 28 déc. 1972.

Cass. crim., 22 nov. 1973, *Bull. crim.* n°433 ; *JCP* 1973.IV.429.

Cass. 3^{er} civ., 15 janv. 1974, *Bull. civ.* III, n°13.

Cass., 23 mai 1974, *Bull. civ.* IV, n°153.

Cass. 1^{er} civ., 18 juin 1974, *Bull. civ.* I, n°198.

Cass. soc., 12 févr. 1975, *Bull. civ.* V, n°67.

Cass. 1^{er} civ., 21 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n°132.

Cass. com., 13 févr. 1978, *Bull. civ.* IV, n°60.

Cass. 1^{er} civ., 22 févr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 145.

Cass. 1^{er} civ., 8 nov. 1978, *D.* 1979.IR.56.

Cass. 3^{er} civ., 9 janv. 1979, *D.* 1979.IR.240.

T. com. Paris, 28 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, n°2, p. 291.

Cass. 1^{er} civ., 17 oct. 1979, *Bull. civ.* n°I, n°249 ; *Grands arrêts*, 12^{ème} éd., t.2, n°250.

Cass. com., 19 déc. 1979, *JCP* 1980.IV.85.

Cass. 1^{er} civ., 11 juin 1980, *Bull civ.* I, n°185.

Paris, 28 fév. 1984, *Juris-Data* n°1984-021457

Cass. 1^{er} civ., 21 mars 1984, *Bull. civ.* I, n°111.

Cass. 3^e civ., 21 nov. 1984, *Bull. civ.* III, n°198.

Cass. 3^e civ., 16 avr. 1986, *Bull. civ.* III, n°45 ; *JCP* 1986.IV.172.

TGI Castres, 5 juill. 1988, RG n°2442/87.

Cass. 1^e civ., 22 nov. 1988, *Bull. civ.* I, n°334.

Aix-en-Provence, 18 avr. 1989, n°87/8792.

Paris, 24 janv. 1990, *Juris-Data* n°1990-0203330.

Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°75.

Douai, 5 déc. 1990, n°6232/88.

Aix-en-Provence, 25 avr. 1991, *RJDA* 7/91, n°564.

Paris, 19 déc. 1991, *RJDA* 6/92, n°557.

Cass. 1^e civ., 7 oct. 1992, *Bull. civ.* I, n°245.

Cass. 1^e civ., 2 déc. 1992, *D.* 1993.213.

Cass. 1^e civ., 24 nov. 1993, *JCP éd. G* 1994.IV.256 ; *RJDA* 2/94.

Versailles, 31 mars 1994, *D.* 1994.IR.166 ; *RJDA* 1995, 1/9, p.37.

Cass. 1^e civ., 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°29.

Cass. 1^e civ., 7 févr. 1995, *Bull. civ.* I, n°76.

Cass. 1^e civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n°324.

Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997, *Bull. civ.* III, n°172.

Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, *Bull. civ.* III, n°207 ; *D.* 1999.IR.248.

Cass. 1^e civ., 18 avr. 2000, n°98-12056.

Cass. com., 4 juill. 2000, *Bull. civ.* IV, n°136.

Cass. 1^e civ., 6 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n°26 ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2001, n°179, p.13.

Cass. com., 20 févr. 2001, *Bull. civ.* IV, n°40.

Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-17575.

Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Bull. civ.* I, n°145.

Cass. com., 18 févr. 2003, n°99-19249.

Cass. 1^e civ., 25 févr. 2003, n°99-19990.

Cass. com., 5 mai 2004, n°01-17244.

Paris, 1^{er} juill. 2004, RG n°2003/21701.

Cass. 1^e civ., 30 mai 2006, n°04-18488.

Cass. 3^e civ., 5 juill. 2006, *Bull. civ.* III, n°168.

Orléans, 27 nov. 2006, n°05/02317.

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369 ; *D.* 2010.2481.

Versailles, 16 juin 2011, n°10/00889.

Cass. com., 12 juill. 2011, *Bull. civ.* IV, n°123.

Versailles, 27 oct. 2011, RG 10/06093, *Contrats, conc. consom.* n°2, févr. 2012, comm.42.

Paris, 23 mai 2013, n°12/01166, *Rev. Lamy dr. conc.* avr. 2015/43, p. 26 et s.

Cass. 3^e civ., 15 oct. 2013, n°12-23126.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes.)

A

Acte unilatéral : 212.

Abus du choix : 394 et s.

Action oblique : 311.

Action paulienne : 361 et s.

Action en revendication : 451 et s.

C

Choix

Absence : 308 et s.

Contrôle : 392 et s.

Décès du titulaire du choix : V. Notion : 29 et s.

Titulaire du choix.

Disparition : 460 et s.

Droit potestatif : 196 et s.

Exercice : V. Exercice du choix.

Existence : 181 et s.

Faute du débiteur : 316 et s.

Finalité : V. fonctions.

Non discrétionnaire : 194 et s.

Périmètre : 201 et s.

Titulaire : V. Titulaire du choix.

Transfert du choix : 313 et s.

Transmission de l'obligation : 244 et s.

Unilatéralisme : 212 et s.

Clause de dédit : 230 et s.

Clause de hardship : 304 et s.

Clause pénale : 239 et s.

Clause de remboursement anticipé : 243.

Condition : 222 et s.

Compensation de dettes connexes : 455 et s.

Conflits entre créanciers : 422 et s.

Contenu

Licéité : 79 et s.

Notion : 29 et s.

Contrat en cours : 260.

D

Dation en paiement : 234 et s.

Déséquilibre significatif : 370 et s.

Droit facultatif

Existence : 179 et s.

Rejet de la notion de faculté : 169 et s.

Droit d'option

Caractéristiques : 158 et s.

Inexistence d'un droit de créance : 154 et s.

Inexistence d'un droit réel : 147 et s.

Droit potestatif : V. choix.

Droit romain : 2 et s.

E

Effets de l'exercice du choix

Irrévocabilité : 355 et s.

Non rétroactif : 384 et s.

Exercice du choix

Qualification juridique : 404 et s.

Manifestation : 344 et s.

Moment d'exercice : 347 et s.

Régime juridique : 399 et s.

Exigibilité de l'obligation : 462 et s.

F

Faculté : 169 et s.

Fonctions de l'obligation disjonctive

Garantie : 265 et s.

Prévision de changements de circonstances économiques : 303 et s.

Sauvegarde du lien contractuel : 287 et s.

Spéculation : 292 et s.

L

Lésion : 364 et s.

M

Modification de l'obligation : 218 et s.

N

Nullités de la période suspecte : 438 et s.

O

Objet

Contenu : V. contenu

Détermination : 56 et s.

Distinctions des notions : 24 et s.

Existence : 39 et s.

Futur : 43 et s.

In obligatione : 120 et s.

Possibilité : 47 et s.

Prix : 70 et s.

Obligation cumulative

Distinction avec plusieurs obligations au sein d'un contrat : 92 et s.

Notion : 101 et s.

Obligation solidaire : 141 et s.

Option de change : 107 et s.

Option de place : 114.

Option de procédure : 206 et s.

P

Prestation

Altérité : 104 et s.

Fongibilité : 120 et s.

Force majeure : 336 et s. ; 467 et s.

Notion : 60 et s.

R

Remise en cause du choix : 358 et s.

Rescision pour lésion : 132 et s.

S

Stellage : 302.

Sûreté : 266.

T

Titulaire du choix

Décès : 248 et s.

Identité : 187 et s.

Titulaire du choix

Procédure collective : 256 et s.

Restructuration : 253 et s.

Transfert de propriété : 409 et s.

U

Unilatéralisme : V. choix.

V

Valeurs mobilières : 296 et s.

W

Warrant financier : 301.

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	1
Introduction	2
PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DU CHOIX OFFERT PAR LES OBLIGATIONS DISJONCTIVES	
DISJONCTIVES	14
TITRE I : L'OBLIGATION A PLURALITÉ D'OBJETS, UNE MODALITÉ DE L'OBLIGATION	15
Chapitre 1 : Les objets de l'obligation, éléments essentiels des obligations disjonctives	16
Section 1 : La notion polysémique de l'objet de l'obligation	17
Sous-Section 1 : Une confusion originaire du Code civil au sujet de la signification de l'objet	17
§ 1 : Une utilisation indifférente de la notion d'objet par les rédacteurs du Code civil...	18
§ 2 : L'émergence de plusieurs distinctions de l'objet par la doctrine.....	19
Sous-Section 2 : Une substitution contestée de la notion d'objet par celle de contenu du contrat	21
§ 1 : L'imprécision de la notion de contenu du contrat.....	22
§ 2 : Une subsistance implicite de la notion d'objet.....	23
A) L'absence de modification notable relatif à la notion d'objet.....	24
B) Une clarification de la notion d'objet.....	26
Section 2 : Les caractères classiques de validité de l'objet dans le contenu du contrat	27
Sous-Section 1 : L'existence possible des objets de l'obligation dans le contenu du contrat	28
§ 1 : L'existence présente ou future des prestations.....	28
A) L'existence des prestations.....	28
B) L'existence future des prestations	30
§ 2 : La réalisation possible des prestations contenues dans le contrat.....	32
A) Une possibilité matérielle de réaliser le contenu du contrat.....	32
B) Une possibilité juridique de réaliser le contenu du contrat	35
Sous-Section 2 : La détermination de l'objet de l'obligation et de l'objet de la prestation	36
§ 1 : La détermination de la chose quant à son espèce et à sa quotité.....	37

A) La substitution du terme « chose » par celui de « prestation »	38
B) La distinction entre les corps certains et les choses de genre.....	39
1) La détermination par nature des corps certains.....	39
2) La double détermination des choses de genre.....	41
§ 2 : L'inapplication de la détermination de l'objet au prix dans certains contrats	42
A) Une originelle application de la détermination de l'objet de l'obligation au prix	43
B) L'inapplication de la détermination du prix à certains contrats	44
Sous-Section 3 : Une licéité du contenu expliquée par une licéité de l'objet	48
§ 1 : La licéité du contenu du contrat en droit commun.....	48
A) La licéité de la chose objet de l'obligation.....	48
B) La licéité de la prestation.....	49
C) La licéité de l'objet ou du but du contrat.....	50
§ 2 : La licéité de l'objet en matière d'obligation disjonctive.....	51
Conclusion du chapitre.....	54
Chapitre 2 : Une pluralité de prestations au sein d'une même obligation.....	55
Section 1 : Une différence de portée des objets de l'obligation au sein des obligations	
plurales	56
Sous-Section 1 : La réalisation de la totalité des objets de l'obligation.....	56
§ 1 : Une distinction tenue entre le cumul d'objets au sein d'une même obligation et le	
cumul d'obligations au sein d'un même contrat	56
§ 2 : L'obligation cumulative, la norme des obligations plurales	60
Sous-Section 2 : Une pluralité de prestations alternatives ou facultatives.....	62
§ 1 : Une alternative entre des prestations.....	62
A) Le caractère alternatif des prestations : une altérité de prestations requise	62
1) Un choix entre deux prestations différentes.....	63
2) Le cas particulier des prestations monétaires.....	64
a) L'absence de qualification de l'option de change en obligation alternative	65
b) La qualification en obligation alternative du choix entre différents procédés de	
calculs	69
B) Deux objets de l'obligation <i>in obligatione</i>	72
1) L'équivalence ou la fongibilité des prestations.....	72
2) L'absence d'individualisation de la prestation au moment de l'engagement	73
§ 2 : Une faculté entre les prestations.....	74
A) L'obligation facultative, une consécration de la pratique	74
B) L'existence d'une prestation <i>in obligatione</i> et d'une prestation subsidiaire	77
1) L'existence avérée de plusieurs prestations	77
2) Un rapprochement indéniable avec l'obligation alternative	78

Section 2 : Des caractéristiques communes avec l'obligation à pluralité de sujets	84
Conclusion du titre premier	88
TITRE II : LE CHOIX, LA QUINTESSENCE DE L'OBLIGATION DISJONCTIVE.....	90
Chapitre 1 : Le choix entre plusieurs prestations, un droit potestatif valable	91
Section 1 : L'existence d'un choix entre plusieurs prestations	91
Sous-Section 1 : Un droit d'option autonome issu de l'obligation alternative	91
§ 1 : Le rejet de la qualification de droit réel ou de droit de créance	92
A) L'inexistence d'un droit réel	92
B) Une ressemblance avec le droit de créance	94
§ 2 : Les caractéristiques propres du droit d'option : une incertitude et une alternative..	95
A) Une situation juridique à demi incertaine	96
1) L'existence d'une incertitude sur la situation juridique	96
2) Une incertitude mesurée de l'option issue de l'obligation alternative	97
B) Une alternative entre deux ou plusieurs prestations	98
Sous-Section 2 : L'existence d'un droit facultatif en matière d'obligation facultative.....	100
§ 1 : Le rejet de la notion de faculté	100
A) Les emplois inopportuns du terme « faculté » par la doctrine et la jurisprudence..	101
1) L'absence d'assimilation de la faculté à un pouvoir de fait	101
2) Le rejet du critère fondé sur l'imprescriptibilité	102
B) Une prérogative juridique dépendante d'un droit.....	104
§ 2 : La présence d'un droit facultatif	106
A) L'existence réelle d'un droit facultatif inhérent à l'obligation facultative.....	106
B) L'existence commune d'un choix en matière d'obligation disjonctive.....	108
Section 2 : Le choix, un droit potestatif valable	111
Sous-Section 1 : La désignation tacite ou expresse du bénéficiaire du choix.....	111
Sous-Section 2 : Le choix, une prérogative unilatérale particulière.....	115
§ 1 : Le bénéfice d'un droit potestatif	115
A) L'existence d'un droit potestatif non discrétionnaire.....	116
1) L'absence de droit discrétionnaire quant au choix	116
2) L'existence d'un droit potestatif sur les prestations	117
B) Le périmètre du choix, élément de dissociation de l'obligation disjonctive	121
1) Le droit potestatif doit porter sur l'objet de l'obligation.....	121
2) L'exclusion des options de procédure de la qualification d'obligation disjonctive	123
a) L'absence de similitude entre le droit d'action et le droit d'option	123
b) L'exclusion des options de procédure de la qualification d'obligation alternative	124
§ 2 : L'octroi d'un pouvoir unilatéral sur les prestations et l'obligation.....	127

A) Le bénéfice d'un pouvoir unilatéral en faveur du titulaire du choix fondé sur le contrat.....	127
B) Une modification convenue <i>ab initio</i> de l'obligation.....	130
Conclusion du chapitre.....	132
Chapitre 2 : Le choix, le caractère typique de l'obligation disjonctive.....	133
Section 1 : Une modalité de l'obligation atypique.....	134
Sous-Section 1 : Un mécanisme excluant la phase de formation de l'engagement ..	134
§ 1 : Une distinction avec la condition fondée sur la temporalité	134
A) Deux modalités de l'obligation incertaines et potestatives	135
B) Des technicités juridiques différentes entre les obligations conditionnelle et disjonctive.....	136
§ 2 : L'absence d'anéantissement du contrat concernant l'obligation disjonctive.....	140
Sous-Section 2 : Un mécanisme relatif exclusivement à l'exécution de l'obligation	144
§ 1 : Des différences tenant à l'objet de l'obligation entre l'obligation disjonctive et la dation en paiement.....	144
A) Une absence de multitude de prestations dues concernant la dation en paiement ..	145
B) Une différence de prévision de l'objet de l'obligation substitué entre l'obligation facultative et la dation en paiement	146
§ 2 : L'obligation disjonctive, une modalité de l'obligation excluant toute inexécution contractuelle	149
A) L'absence de caractère comminatoire de l'obligation disjonctive	150
B) L'absence de qualification de la clause de remboursement anticipé d'un prêt en obligation disjonctive	153
Section 2 : La détermination définitive du titulaire avant l'exercice du choix.....	156
Sous-Section 1 : Les obstacles liés à l'identité du titulaire du choix.....	156
§ 1 : L'exercice normal du choix par l'ayant cause à titre particulier	156
§ 2 : L'exercice du choix par l'ayant cause à titre universel.....	158
A) En cas de décès du titulaire du choix, personne physique	158
B) En cas de restructuration ou de disparition du titulaire du choix, personne morale	161
Sous-Section 2 : L'exercice du choix dépendant de la capacité juridique de son titulaire	163
§ 1 : L'influence d'une procédure collective sur le représentant légal	164
§ 2 : Le sort du choix face à la problématique des contrats en cours	165

Conclusion du second titre de la première partie	167
Conclusion de la première partie.....	169
PARTIE 2 : L'INFLUENCE DU CHOIX SUR LE RÉGIME JURIDIQUE DES OBLIGATIONS DISJONCTIVES.....	170
TITRE I : LA FINALITE DE L'EXERCICE DU CHOIX	172
Chapitre 1 : L'obligation disjonctive, une technique juridique aux fonctions multiples.....	173
Section 1 : Un mécanisme juridique de garantie et de sauvegarde du lien contractuel	174
Sous-Section 1 : Une réutilisation opportune de l'obligation disjonctive en tant que garantie	174
§ 1 : Une technique du régime général des obligations ayant des effets secondaires de garantie	174
A) Un fondement originaire de garantie.....	174
B) La renaissance de la fonction de garantie.....	176
1) Le rejet de la qualification de sûreté	176
2) Des effets patents de garantie résultant de la stipulation d'une obligation disjonctive.....	178
a) Les atouts de garantie de l'obligation disjonctive	178
b) Le renouveau de l'obligation disjonctive en tant que technique de garantie	182
§ 2 : Une articulation possible et opportune entre l'obligation disjonctive et les sûretés	186
A) L'utilisation de garanties alternatives	186
B) Le choix du garant au moment de l'exécution de la garantie.....	191
Sous-Section 2 : Un moyen anticipé de sauvegarde du lien contractuel	193
Section 2 : Un mécanisme avéré de spéculation et d'adaptation aux circonstances économiques.....	196
Sous-Section 1 : Un mécanisme de spéculation en raison de l'écoulement du temps	196
§ 1 : Une fonction intrinsèque de spéculation	196
§ 2 : Une fonction extrinsèque de spéculation à travers les instruments financiers.....	203
Sous-Section 2 : Un mécanisme de prévision opportun face à l'évolution des circonstances économiques	205
§ 1 : La survenance de circonstances imprévisibles après la conclusion du contrat	206

§ 2 : Le recours aux obligations disjonctives comme palliatif aux circonstances imprévisibles	209
Conclusion du chapitre.....	212
Chapitre 2 : L'exercice indispensable du choix.....	213
Section 1 : L'absence de choix, une fragilité désormais neutralisée.....	213
Sous-Section 1 : Une absence réelle de volonté d'exercer le choix.....	213
§ 1 : L'exécution pure et simple de l'obligation facultative.....	214
§ 2 : La perturbation neutralisée de l'exécution de l'obligation alternative par l'absence de choix	215
A) Une situation initiale de blocage de l'obligation alternative en l'absence de choix	215
B) Le transfert bienveillant du droit d'option à l'autre partie	219
Sous-Section 2 : Une absence fautive ou fortuite de choix entre les prestations	221
§ 1 : L'existence d'une faute du débiteur avant l'exercice du choix.....	221
A) La notion de faute dans l'obligation disjonctive : une privation de choix	222
B) Une réparation différenciée en fonction de l'identité du titulaire du choix	224
1) Une privation du choix mesurée pour le débiteur, bénéficiaire du choix	224
a) La disparition d'une chose en raison d'une faute du débiteur.....	224
b) La disparition de l'ensemble des choses en raison d'une faute du débiteur	226
2) La fragilité des droits du créancier, titulaire du choix.....	230
a) La disparition d'une chose en raison d'une faute du débiteur.....	230
b) La disparition de l'ensemble des choses en raison d'une faute du débiteur	231
§ 2 : La survenance d'un cas de force majeure avant l'exercice du choix	233
A) La force majeure, événement central de la théorie des risques.....	233
B) La disparition d'une ou plusieurs prestations par force majeure.....	235
1) L'accomplissement de la seconde prestation en cas de disparition d'une prestation	235
2) L'extinction de l'obligation alternative par la force majeure.....	236
Section 2 : La souplesse des conditions de forme liées à l'expression du choix.....	237
Sous-Section 1 : Une expression matérielle du choix souple	238
Sous-Section 2 : La liberté du moment d'exercice du choix.....	240
Conclusion du titre.....	243
TITRE II : LE PAIEMENT DE L'OBLIGATION DISJONCTIVE CONDITIONNÉ À L'EXERCICE DU CHOIX	244
Chapitre 1 : Les effets liés à l'exercice du choix.....	246
Section 1 : Les effets intrinsèques de l'exercice du choix	246

Sous-Section 1 : L'irrévocabilité et l'absence de rétroactivité du choix, gage de sécurité juridique.....	246
§ 1 : L'irrévocabilité de principe du choix	247
A) La détermination définitive du mode d'exécution de l'obligation	247
1) La concentration des objets de l'obligation sur une obligation pure et simple	247
2) Un choix renouvelable en présence de prestations successives périodiques	248
B) Une remise en cause très limitée du choix	249
1) Une remise en cause limitée du choix résultant de l'application du droit commun.....	250
a) Une méconnaissance de l'obligation disjonctive justifiant une action en restitution pour paiement de l'indu	250
b) Une mise en oeuvre envisageable de l'action paulienne.....	252
2) L'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties... ..	254
a) L'admission limitée du défaut d'équivalence des prestations	255
i. La conception limitée de la lésion en droit français	256
ii. L'inapplication de la lésion au choix inhérent à l'obligation disjonctive	258
b) Un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties	259
§ 2 : L'absence de rétroactivité de principe du choix.....	269
A) Un choix en principe non rétroactif.....	269
B) La particularité de la rétroactivité du choix afférente à la rescision pour lésion.....	272
Sous-Section 2 : Le contrôle <i>a posteriori</i> de l'exercice du choix.....	273
A) Un contrôle contestable de l'exercice du choix	273
B) Un contrôle limité de l'exercice du choix	275
1) Les applications limitées du contrôle judiciaire du choix en jurisprudence	276
2) Un contrôle adéquat de l'exercice du choix inhérent à l'obligation disjonctive	278
Section 2 : La détermination de la qualification juridique de l'obligation et de la relation contractuelle par l'exercice du choix	280
Sous-Section 1 : Un régime juridique différent au sein de l'obligation disjonctive .	280
§ 1 : Un régime juridique de l'obligation facultative lié à la nature de la prestation principale.....	280
§ 2 : Un régime juridique de l'obligation lié à l'exercice du choix issu de l'obligation alternative	281
Sous-Section 2 : La détermination corrélative de la qualification juridique de la relation contractuelle par l'exercice du choix.....	283
Conclusion du chapitre.....	285
Chapitre 2 : Le dénouement de l'obligation disjonctive.....	286
Section 1 : Les effets de l'exécution de l'obligation disjonctive	287
Sous-Section 1 : La réalisation du transfert de propriété et des risques par l'exercice du choix	287

§ 1 : Le débat sur le moment du transfert de propriété.....	287
A) Le transfert de propriété <i>ab initio</i> soutenu par la doctrine classique	288
B) Le transfert de propriété au moment du choix ou du paiement.....	289
§ 2 : Le report du transfert de propriété à l'exercice du choix	291
A) Les raisons du rejet de la règle du transfert <i>solo consensu</i> à l'obligation disjonctive.....	291
B) Les conséquences d'un transfert de propriété reporté à l'exercice du choix.....	293
Sous-Section 2 : Les effets à géométrie variable de l'obligation disjonctive à l'égard des tiers.....	294
§ 1 : Les conflits entre le créancier de l'obligation alternative et les autres créanciers .	295
A) La situation du créancier de l'obligation alternative antérieurement à l'exercice du choix	295
1) L'absence d'opposabilité du droit du créancier de l'obligation alternative sur un bien immobilier.....	296
2) Une absence de droit du créancier de l'obligation alternative concernant les biens meubles.....	298
B) La situation du créancier de l'obligation alternative postérieurement à l'exercice du choix	300
1) La propriété de l'immeuble conditionnée à l'accomplissement des formalités de la publicité foncière	300
2) La propriété du bien meuble conditionnée à la mise en possession réelle du bien	302
§ 2 : Le traitement du créancier de l'obligation disjonctive dans la procédure collective de son débiteur.....	303
A) Un traitement « préférentiel » de l'obligation disjonctive au regard des nullités de la période suspecte.....	305
1) Le risque de nullité du contrat comportant une obligation disjonctive	306
2) Le sort de l'exécution de l'obligation face aux nullités de plein droit.....	307
a) L'exercice du choix pendant la période suspecte	307
b) L'exécution de la prestation choisie par le débiteur pendant la période suspecte..	308
B) Le traitement du créancier face à l'interdiction de paiement des créances antérieures.....	311
1) La mise en œuvre d'une action en revendication.....	312
2) Le jeu de la compensation pour dettes connexes	314
Section 2 : Le paiement satisfactoire de l'obligation.....	316
Sous-Section 1 : L'exécution de l'obligation « pure et simple » par le débiteur	316
§ 1 : La disparition de la flexibilité contractuelle par l'exercice du choix	316
A) L'éviction de la prestation non choisie	316
B) La disparition de la modalité disjonctive de l'obligation	318

§ 2 : L'exigibilité immédiate de l'obligation disjonctive	319
A) Une exigibilité variable de l'obligation disjonctive	319
B) L'impossibilité d'exécuter la prestation choisie.....	322
1) La survenance d'un cas de force majeure à l'égard de la prestation choisie	322
2) Le refus théorique du créancier de recevoir la prestation due.....	323
Sous-Section 2 : La satisfaction des parties par l'accomplissement finalisé de l'obligation	324
Conclusion du second titre de la seconde partie	326
Conclusion de la seconde partie.....	328
Conclusion générale.....	330
Bibliographie	335
Index alphabétique.....	368
Table des matières.....	371