

---

# LICENCE en Droit

## Troisième année

---

Semestre 1

### DROIT CIVIL

### REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS

#### Partie 1

# INTRODUCTION GENERALE

---

**Qu'est-ce qu'une obligation ?** La réponse à cette question, comme d'ailleurs la ou les définitions, sont sans aucun doute très connues et ont été envisagées dans les années antérieures. Pourtant, la définition ne résulte à aucune manière du Code napoléon qui ne l'a définie pas, se contentant simplement de présenter une définition du contrat.

La définition communément retenue aujourd'hui résulte directement du droit romain : « **L'obligation est un lien de droit existant spécialement entre deux personnes en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre** »<sup>1</sup>.

Cette définition est parfaitement connue et acceptée par la plupart des auteurs, et contribue à éclairer le régime général des obligations, objet de ce cours. **L'obligation est donc un lien (I)**. Néanmoins, une autre approche romaine de l'obligation a été méconnue, et le demeure parfois encore, alors même qu'elle complète parfaitement l'approche actuelle de l'obligation. **L'obligation est un bien (II)**. Nous présenterons brièvement ces deux approches de la notion.

## I. L'obligation est un lien

---

Le droit romain proposait plusieurs définitions de l'obligation :

- la plus célèbre est celle de Justinien qui la considérait comme « *un lien de droit en vertu duquel nous sommes astreints à payer quelque chose, conformément au droit de notre cité* »<sup>2</sup>.

- plus précis, Paul définit l'objet de l'obligation en considérant qu'« *il n'est pas dans la nature des obligations de nous rendre propriétaire ou de nous faire acquérir une servitude, mais bien d'astreindre une autre personne envers nous, à donner, à faire ou à fournir quelque chose* »<sup>3</sup>.

De ces définitions, trois éléments se dégagent qui forment l'obligation :

- l'obligation crée entre les personnes engagées un **lien personnel** qui repose sur la confiance (*credere*) : le créancier est celui qui fait confiance à son débiteur qui est tenu d'accomplir une prestation,

- le débiteur est tenu de s'exécuter, il y est **contraint**. Cette contrainte juridique résulte de la sanction que le créancier trouve dans les dispositions du droit positif,

---

<sup>1</sup> Carbonnier, *Les obligations*, T.4, *op.cit.*, n°2.

<sup>2</sup> *Inst.*, III, 13, *praestare. Obligation est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvende rei, secundum nostrae civitatis jura.*

<sup>3</sup> *Dig.*44, 7, fr.3, pr. *Obligationum substantia non in eo constitut ut aliquod nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat sed ut alium obstringet ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

- l'obligation a un **objet** ou une prestation qui est soit un *dare* (transférer la propriété), soit un *facere* (fournir une activité au profit du créancier, une activité économique, le *non facere* étant assimilé au *facere*) soit enfin un *praestare* (la livraison d'une chose corporelle au créancier sans lui transférer la propriété, plutôt une activité non économique, non créatrice de valeur).

Bien évidemment, c'est surtout les deux premiers aspects qui prédominent, autrement dit le rapport personnel et la contrainte. Les juristes ont néanmoins tenté de déterminer la **nature du lien juridique qui forme l'obligation**.

Dans la doctrine classique française, l'obligation s'analyse comme un rapport entre deux personnes dont l'une est sous l'autorité de l'autre. L'accent est donc mis sur l'idée de **dépendance**. Comme cet élément est le seul, on parle alors de **conception unitaire** ou **moniste**. On parle également de **conception** volontariste car le **pouvoir** se confond avec la volonté des parties. En revanche, les juristes allemands (Brinz, Gierke) ont mis en exergue que le lien juridique se décomposait en deux éléments : un devoir (*schuld*) et une contrainte (*haftung*).

Le **devoir** serait la **satisfaction due** que les romains appelaient *debitum*<sup>4</sup>. C'est en exécutant la prestation qu'il doit, que le débiteur va éteindre la dette et donner satisfaction (*satisfere*)<sup>5</sup>.

La *haftung* se retrouvait à Rome dans la notion d'*obligatio*, c'est-à-dire l'idée qu'il y a une **maîtrise éventuelle ou virtuelle** du créancier sur le débiteur. C'est l'idée de l'engagement<sup>6</sup>, du pouvoir de contrainte. Il sera appelé *vinculum juris*<sup>7</sup>.

Cette **vision dualiste de l'obligation n'a reçu que peu d'écho en France**, plutôt attachée à la conception unitaire même si certains éléments de la conception dualiste ont pu trouver une application pratique.

L'élément qui demeure commun aujourd'hui, et solidement ancré en droit positif, réside dans l'idée que **l'obligation est un lien de droit**. De Rome, cette conception est parvenue jusqu'à nous. Loysel ne disait-il pas au début du XVIIème « *qu'on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles* ».

Aujourd'hui, l'obligation s'affirme indiscutablement comme un **lien de droit par lequel une personne doit une prestation à une autre**. Cette définition permet de présenter plus à fond la notion. En effet, le **devoir** marque la notion, elle en est au cœur. Mais, évoquer le devoir suppose, comme le souligne un auteur, le pouvoir<sup>8</sup>. **Il ne peut y avoir de devoir que si cela est possible**. C'est deux notions s'affirment comme les deux faces de l'obligation.

---

<sup>4</sup>*Vers la fin de la république*, D.46, 2, fr.1, pr. (Milieu du 2ème siècle avant JC).

<sup>5</sup>Tite Live, VI, 34, 1.

<sup>6</sup>Originellement, il semble que la notion obligatus se soit référée d'abord à l'engagement, avant que l'obligation ne désigne l'obligation entièrement, Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Les obligations, n°2, p.8.

<sup>7</sup>Dès le 1er siècle après JC.

<sup>8</sup>J.Carbonnier, op.cit., n°2.

## A. Le devoir :

Comme le souligne le Doyen Carbonnier, « *dans toute obligation, il y a un devoir, mais tout devoir n'est pas une obligation* »<sup>9</sup>. En effet, pour qu'il y ait une obligation, **au sens technique** du terme, il faut que **le devoir soit un lien de droit** :

**1°) Il faut véritablement un lien, donc l'existence d'un créancier déterminé et d'un débiteur.**

Par exemple, il existe **des devoirs juridiques** (car leur inobservation est sanctionnée par l'état) **qui ne constituent pas des obligations (techniquement)** car il n'y a pas de rapport débiteur/créancier.

- Exemple : c'est le cas d'acte et de formalités obligatoires qui doivent être accomplis dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir ou de perdre un droit. L'art.1648 prévoit ainsi que l'action en garantie des vices cachés **doit** être intentée dans un délai de 2 ans. Il n'y a pas là de créance, au sens technique du terme, le vendeur ne pourrait pas en exiger l'exécution forcée. On pourrait à la limite parler d'obligation au sens large.

De même, il est des **devoirs absolus de chaque homme envers ses semblables** qui ne constituent pas techniquement des obligations.

- Exemple: l'automobiliste doit rouler à droite, les parents doivent surveiller l'enfant mineur qui habite avec eux. Ces devoirs sont établis dans l'intérêt de tous, dans un intérêt indéterminé. Tant qu'il n'y a pas eu violation, les victimes éventuelles **ne peuvent prétendre avoir un droit de créance** et en réclamer l'exécution.

**2°) Le lien est aussi un lien de droit, ce qui suppose une sanction étatique.**

**L'obligation juridique est celle qui produit un effet garanti par l'état et par ses tribunaux.** Il ne faut pas la confondre avec les devoirs moraux (devoir de charité) qui ne comportent pas la sanction publique<sup>10</sup>.

Au sein des obligations juridiques, il faut pourtant **distinguer l'obligation civile et l'obligation naturelle**. Si elles produisent toutes les deux des effets de droit, les effets de l'obligation naturelle sont moins importants car elle est dépourvue d'action en justice (art.1235 al.2). L'obligation naturelle est sans sanction<sup>11</sup>. Même si le code civil n'a pas énuméré les obligations naturelles, il est possible d'en distinguer trois catégories :

**a) Les obligations civiles dégénérées et les obligations manquées** (Aubry et Rau):

**L'obligation civile manquée ou avortée** est l'obligation qui n'a pas accédé à la vie juridique car toutes les règles n'ont pas été respectées

---

<sup>9</sup>ibid.

<sup>10</sup> Même si certains devoirs moraux sont aussi des obligations juridiques.

<sup>11</sup> P.Malaurie, L.Aynès & P.Stoffel-Munck, op.cit., n°1325.

- exemple : donation faite sans respecter les formes légales mais la volonté était consciente. Une obligation naturelle existe à la charge du donateur car le consentement, élément essentiel, était présent.

**L'obligation civile dégénérée** est une obligation civile qui a existé mais le législateur lui retire, pour telle ou telle raison, le droit d'action (ex: prescription). Le débiteur demeure tenu d'une obligation naturelle.

#### **b) Les devoirs de conscience transformés en obligations naturelles :**

La jurisprudence considère parfois l'accomplissement d'un devoir de conscience, d'un devoir moral comme l'acquiescement d'une obligation naturelle.

- Exemple : les devoirs alimentaires entre frères et sœurs (si exécution, absence de répétition de l'indu). Réparation d'un dommage qui n'entre pas dans les conditions de la responsabilité.

#### **c) Les dettes d'honneur.**

Les dettes de jeu ne sont pas dans des obligations civiles. Le gagnant ne peut réclamer en justice l'exécution de sa créance (art.1965 ; 1967). Mais si le perdant paye, le paiement sera définitif<sup>12</sup>.

**Les effets de l'obligation naturelle sont les suivants :**

- parce qu'elle n'est pas obligatoire, elle **ne peut faire l'objet d'une exécution forcée**. Seul un paiement volontaire est possible, on ne peut plus revenir sur lui.
- **l'engagement d'exécuter une obligation naturelle est valable**. Il s'agit d'un engagement par acte unilatéral et non pas d'une novation de l'obligation naturelle<sup>13</sup>, comme le la jurisprudence avait pu le considérer un temps.

### **B. Le possible :**

**Le devoir ne sera obligation juridique qu'autant que ce devoir est possible.** Conformément à la maxime *A l'impossible nul n'est tenu*, il y a exclusion de l'obligation. Elle se traduit d'une **double manière selon le moment où intervient l'impossibilité** :

- Si l'impossibilité est **préexistante**, l'obligation ne naîtra même pas,
- Si elle intervient **après coup**, l'obligation sera éteinte car elle ne pourra être exécutée (cf.art.1351). L'inexécution de l'obligation impossible ne constituera pas une faute, il n'y aura pas de responsabilité. C'est la théorie de la force majeure qui révèle bien qu'il n'y a d'obligation juridique que lorsque le devoir est possible<sup>14</sup>. Encore faut-il que **l'impossibilité soit insurmontable** ou radicalement impossible (et non lourde, onéreuse ou écrasante) et qu'elle soit une **impossibilité objective**.

<sup>12</sup>Une autre explication existe. Le jeu étant illicite, il ne saurait exister de telles obligations même naturelles. Si la répétition est impossible (art.1967), c'est en raison de la maxime *In parit causa turpitudinis cessat repetitio*.

<sup>13</sup>Civ.1, 10 oct.1995, *Frata*, D.1996.som.120, note R.Libchaber ; D.1997, Chr.85, N.Molfessis.

<sup>14</sup>J.Carbonnier, op.cit., n°4.

Pour résumer, l'obligation est sans conteste un lien, mais il ressort clairement, de nombreux ouvrages, que l'obligation est aujourd'hui considérée comme un bien<sup>15</sup>.

## II. L'obligation est un bien

---

Il y a là d'ailleurs l'un des intérêts de la distinction *Schuld-haftung*, la *schuld* représente la dette dans sa dimension patrimoniale, c'est-à-dire la valeur que représente l'obligation, la satisfaction que le créancier tirera de son exécution<sup>16</sup>.

Cet aspect patrimonial de l'obligation, entendu dans son large et non technique (dette), ne va pourtant pas de soi dès lors que l'on insiste sur le caractère essentiellement personnel de l'obligation. Tel semble d'ailleurs avoir été la conception du droit romain qui n'envisageait pas la cession de créance qui n'est autre qu'une « vente de créance ».

Le rejet de l'obligation comme bien pourrait être contestée<sup>17</sup>, pourtant deux raisons permettent d'en douter :

- il semble que l'obstacle véritable à la cession de créance n'ait pas été le **caractère personnel du lien** mais le **mode de formation de l'obligation très formaliste**. En effet, l'obligation n'existait qu'entre ceux qui avaient échangés des paroles sacramentelles. Autrement dit, le changement de l'une des parties impliquait un nouvel échange avec le nouveau venu et donc une nouvelle obligation. L'admission ultérieure de la cession de créance coïncide d'ailleurs directement avec le recul du formalisme<sup>18</sup>.

- surtout, la valeur économique de la créance existait indiscutablement à Rome puisque le droit romain la considérait comme une *res incorporales*, c'est-à-dire une chose incorporelle<sup>19</sup>. Autre élément de la distinction des choses, les choses incorporelles étaient des objets de propriété, donc des biens même si elles ne sont que des choses que l'esprit perçoit par l'abstraction (*Aristote*). Au sein des *res incorporales*, Gaius rangeait à côté des servitudes, de l'usufruit, du patrimoine héréditaire, **les créances**. Indéniablement des choses incorporelles, elles peuvent dans certaines circonstances être des choses corporelles lorsqu'elles s'incorporent dans un titre : titre de bourse ou titre de crédit.

Bien évidemment, la conception dominante actuelle de la propriété<sup>20</sup> « embrouille » la compréhension théorique de cette réalité économique que constitue la créance. En dépit

---

<sup>15</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1270.

<sup>16</sup> Marty & Raynaud, n°2; Mazeaud-Chabas, n°9.

<sup>17</sup> Dans ce sens, cf. Ghestin J., Billiau M. & Loiseau G., *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°5. Les auteurs contestent l'idée que l'obligation puisse être un bien et apporte des nuances à cette analyse en distinguant l'obligation de son effet la créance.

<sup>18</sup>J.Macqueron, *Histoire des obligations, le droit romain*, Cours polycopié, Aix-en-Provence, 2éd., 1975, p.421 & suiv, cité P.Malaurie & L.Aynès, op.cit., n°1201.

<sup>19</sup>*Inst.*, §2, *De rebus incorporalibus*, II, 2.

<sup>20</sup> Il s'agit ici de la conception classique de la propriété envisagée comme un droit réel portant sur une chose corporelle.

des faiblesses de la doctrine dominante, l'obligation (aspect positif) s'affiche comme une valeur économique, donc un bien d'une part, mais également comme un lien d'autre part.

Jusqu'à la réforme de 2016, cette double réalité expliquait le régime juridique des obligations que connaissait le droit français. En effet, par-delà la question des sources des obligations, à savoir la classification à cinq branches<sup>21</sup> ou la classification bicéphale<sup>22</sup>, un **régime général**, réunissant les **effets communs des obligations**, se dégageait et était susceptible de s'appliquer à toutes les obligations indépendamment de leurs sources.

Néanmoins, le terme de « **Régime général des obligations** » (et par extension l'intitulé de ce Cours de droit civil) **comme l'approche de la matière étaient traditionnellement critiqués**. En effet, les dispositions de l'ancien Code civil ignoraient totalement cette distinction entre les **sources** et les **effets** des obligations. **Trois critiques** pouvaient lui être adressées :

- dans le Code, les effets des obligations (anc.art.1134-1167) et l'extinction des obligations (anc.art.1234-1314) étaient traités dans un titre intitulé « *des contrats ou des obligations en général* » (T.III, L.III),

- les règles sur la cession de créance se trouvaient dans un titre consacré à la *Vente* (T.VI),

- surtout, la plupart des règles constituant le « *régime* » des obligations étaient écrites pour l'obligation contractuelle (obligation conditionnelle, extinction sans paiement) et non pour les obligations délictuelles même si leur essor actuel justifie la présentation actuelle.

En dépit de ces critiques, ce titre était retenu par la plupart des auteurs. Cette expression de **Régime général des obligations** était également reprise par la plupart des projets de réforme du droit des obligations.

Cette expression a été définitivement consacrée par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui réalise (enfin !) la réforme tant attendue du droit des obligations. En effet, cette ordonnance **portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, publiée le 11 février 2016, a réécrit totalement les Titres II à IV bis du Livre III du code civil, soit près de 350 articles. Avec quelques réserves<sup>23</sup>, cette ordonnance est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. La loi n°2018-287 du 20 avril 2018 est venue ratifier cette ordonnance et conférer force de loi à un texte qui avait jusqu'à

---

<sup>21</sup> Loi, contrat, quasi-contrat, délit et quasi-délit.

<sup>22</sup> Fait juridique et acte juridique.

<sup>23</sup> L'article 9 de l'ordonnance précise ainsi que les dispositions des 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

présent une valeur réglementaire<sup>24</sup>. La loi du 20 avril a également apporté quelques retouches aux textes existants.

C'est bien évidemment la présentation des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016, et complétée par la loi du 20 avril 2018, qui sera envisagée dans le présent Cours. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que **les dispositions du code civil antérieures à la publication de l'Ordonnance ne sont pas devenues du « droit mort » depuis le 1<sup>er</sup> Octobre 2016**. A cet égard, l'article 9 de l'ordonnance apporte, à ce sujet, deux précisions d'importance. Tout d'abord, il précise que les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne. Ensuite, il rappelle que lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. **La connaissance des dispositions antérieures présentera donc toujours un certain intérêt et seront souvent évoquées dans les développements qui vont suivre. Surtout, la loi de ratification a ajouté une complexité supplémentaire en prévoyant également des règles quant à son application dans le temps mais en opérant deux régimes distincts d'application dans le temps pour les modifications résultant de la loi de ratification. Ainsi pour les changements véritables, l'article 16.I dresse une liste des dispositions qui s'appliqueront aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018. Une autre liste est dressée pour les modifications ayant un caractère interprétatif (art.16.I al.3)<sup>25</sup>.**

Pour la bonne compréhension de ce cours, et à titre d'information, les articles du code civil qui seront cités dans ce cours sont ceux issus de l'Ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 21 avril 2018 (abréviation : *art... c.civ.*) alors que les textes antérieurs seront généralement accompagnés de l'abréviation « *anc.art. ....c.civ.* » ou « *ex-art.... c.civ.* ».

La présentation de ce Régime général sera envisagée dans la seconde partie de ce cours (PARTIE 2). Il conviendra d'abord, et afin de clore définitivement l'étude des sources des obligations débutée en 2<sup>ème</sup> année de Licence avec le contrat, les délits et quasi-délits ; d'envisager la présentation des quasi-contrats qui constituent une autre source des obligations (PARTIE 1).

---

<sup>24</sup> O.Deshayes, T.Genicon et YM Laithier, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Loi n°2018-287 du 20 avril 2018*, JCP G , 2018, I, 529 ; OM.Mekki, *Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016*, JCP N , 2018, 27 avril 2018, 1175.

<sup>25</sup> Pour une présentation sous forme de tableau des changements et des dates d'entrée en vigueur, cf. O.Deshayes, T.Genicon et YM Laithier, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op.cit.*



# PARTIE 1 : LES AUTRES SOURCES DES OBLIGATIONS : LES QUASI-CONTRATS

---

**Définition.** Les obligations quasi-contractuelles trouvent leur source dans les quasi-contrats. En 1804, il n’y avait pas dans le code civil de théorie générale du quasi-contrat qui se contentait de définir la notion à l’ancien article 1371 tout en envisageant deux institutions. Le code civil **envisage aujourd’hui les quasi-contrats aux articles 1300 à 1303-4 du code civil qui en retient trois illustrations et les définit de manière plus précise** : « *Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* » (art.1300 c.civ.).

**Caractéristiques.** Le quasi-contrat suppose l’existence d’un fait **licite** (≠ responsabilité : fait illicite) et fait **volontaire** (= contrat). Il se rapproche ainsi du contrat mais s’en différencie fondamentalement dans le sens où il n’y a pas d’accord de volontés entre les personnes intéressées.

**Formes.** Avant l’ordonnance du 10 février 2016, **trois techniques** existaient traditionnellement : deux d’origine légale (gestion d’affaire ; répétition de l’indu) et une d’origine jurisprudentielle (l’enrichissement sans cause). Cette dernière technique a désormais été légalisée. Néanmoins, la jurisprudence la plus récente avait dégagé une nouvelle forme de quasi-contrat qui n’a manifestement pas été reprise par l’ordonnance. Il conviendra donc, afin d’envisager l’ensemble des formes actuelles, de présenter successivement les quasi-contrats du code civil (CHAPITRE 1) et de s’interroger sur l’existence de quasi-contrats d’origine jurisprudentielle (CHAPITRE 2).

## CHAPITRE 1 : LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL.

---

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le code civil régit tour à tour trois quasi-contrats : la gestion d'affaires d'abord (Section 1), le paiement de l'indu (Section 2) et l'enrichissement injustifié (Section 3).

### SECTION 1 : LA GESTION D'AFFAIRES

---

**Définition.** La gestion d'affaires est envisagée par le code civil aux articles 1301 à 1301-5 du code civil (anc. art. 1372 à 1375). De manière générale, la gestion d'affaires apparaît comme le fait pour une personne, appelée **gérant**, d'accomplir des actes dans l'intérêt d'une autre personne, appelée le **géré** ou le **maître**, sans qu'il ait été expressément chargé par celui-ci d'accomplir ces actes.

Exemple : une personne qui part en vacances en laissant ses clés à son voisin. Celui-ci remarque la nécessité de travaux de plomberie et les effectue.

De manière plus précise, l'article 1301 dispose que « *celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire* ».

De manière très significative, ce texte utilise, pour évoquer ce quasi-contrat, la formule « *celui qui, sans y être tenu, gère sciemment l'affaire d'autrui...* ». L'expression est effectivement éclairante dans la mesure où elle permet clairement de distinguer la **gestion d'affaire** du **mandat** qui suppose un accord de volonté alors que le présent quasi-contrat est spontané.

#### 1§ LES CONDITIONS DE LA GESTION D'AFFAIRES.

---

**Quatre** conditions doivent ici être rappelées, elles résultent clairement aujourd'hui de l'article 1301 du code civil.

► Le gérant doit avoir **spontanément**<sup>26</sup> eu l'intention de gérer **l'affaire d'autrui** et non la sienne. Il doit donc avoir la volonté manifeste d'agir<sup>27</sup> dans un but désintéressé et

---

<sup>26</sup> Pas de gestion d'affaire si le gérant a agi conformément à une obligation légale ou par l'effet d'une obligation contractuelle, Cf. Ph. Delebecque & F.J. Pansier, *op.cit.*, n°545 et suiv. Des difficultés demeurent, par exemple, comment concilier la gestion d'affaires avec la convention d'assistance : complémentarité ou concurrence ?

<sup>27</sup> La jurisprudence retient néanmoins des cas où l'intention de gérer n'est guère évidente dans les circonstances. Cette solution se justifie en fait par le constat qu'elle vient se greffer sur des rapports juridiques préexistants (notamment d'origine contractuelle). Cas du mandataire qui dépasse la mission qui lui a été confiée (cf.

dans l'intérêt du géré. Toutefois, la jurisprudence considérait que l'intérêt d'autrui pouvait ne pas être exclusif, c'est à dire qu'en agissant dans l'intérêt d'autrui (élément primordial), le gérant agissait un peu dans son propre intérêt. **C'est la gestion d'une affaire commune**<sup>28</sup>. L'article 1301-4 du code civil reprend aujourd'hui cette règle en précisant que l'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires. Il prévoit que dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune.

► Le gérant doit avoir **effectivement géré l'affaire d'autrui**. Il doit donc avoir réalisé un acte de gestion qui peut être juridique (*conclusion acte juridique*) ou matériel (*éteindre un incendie*). Il peut s'agir d'un acte d'administration, d'un acte de disposition<sup>29</sup>. Il peut s'agir aussi d'une action en justice<sup>30</sup>.

► La gestion ne doit pas être faite en vertu d'un contrat<sup>31</sup>. Autrement dit, le **géré ne doit pas avoir consenti**<sup>32</sup> ; **ni d'ailleurs avoir manifesté une opposition expresse** à l'intervention du gérant<sup>33</sup>. On soulignera que la gestion d'affaires pourrait être retenue dans l'hypothèse d'un mandataire, donc d'un contractant, qui aurait excédé la limite de ses pouvoirs.

► **L'acte de gestion doit être utile** à l'époque de son accomplissement. Il s'agit là d'une condition posée à l'article 1301 c.civ. Cette opportunité de l'accomplissement constitue même le **fondement de l'obligation de dédommagement qui pèse sur le maître**.

En conclusion, on précisera que les effets de la gestion d'affaires se produiront si l'ensemble de ces conditions sont réunies. A défaut, l'article 1301-5 du code civil dispose néanmoins que « *si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié* »<sup>34</sup>.

## 2§ LES EFFETS DE LA GESTION D'AFFAIRES.

---

---

Ph..Delebecque & F.J. Pansier, n°542). cf. aussi pour un cas où le rapport est d'origine légale : cas du tuteur qui dépasse le cadre de sa mission.

<sup>28</sup> Coïndivisaires agissant au nom de tous (art.815-4 c.civ.) ; cf. aussi art.219 al.2.

<sup>29</sup> Jusqu'à l'ordonnance de 2016, il y avait là un dépassement de l'interprétation restrictive de la formule de l'ancien article 1375 du code civil. Ce n'est plus le cas désormais l'art. 1301 envisage « *les actes juridiques* ».

<sup>30</sup> Des décisions contradictoires existent : *pro* Civ.1, 21 déc. 1981, GP 1982, 2, 398, note R.Perrot ; *contra* Civ.3, 27 oct. 2004, Bull, n°183.

<sup>31</sup> Pour une illustration récente mais contestée, cf.Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 15 mai 2019, RTDCiv. 2019, 581, obs. critiques H.Barbier : cas du tiers (père) qui intervient à une transaction dans l'intérêt d'une partie au litige (en l'occurrence son fils) et auquel la Cour refuse la qualité de gérant d'affaires car le paiement intervenait en exécution d'un protocole transactionnel. Selon le commentateur, la cour semble confondre le fait que le père payait sa propre dette contractuelle (issue du protocole auquel le père était partie) et non la dette d'autrui en vertu d'une gestion d'affaires...Solution contestée car *quid* alors quand le gérant conclut un contrat de réparation ?

<sup>32</sup> Car, alors, il y aurait contrat et il conviendrait d'appliquer les dispositions contractuelles.

<sup>33</sup> Il y aurait alors une faute, source de responsabilité.

<sup>34</sup> Sur ces règles, cf. *infra*, Section 3.

Le code civil impose des obligations à la fois au gérant (A) et au géré (ou maître de l'affaire) (B), comme s'il y avait un contrat synallagmatique.

#### A. Les obligations du gérant.

Aux termes de l'article 1301-1 du code civil<sup>35</sup>, la gestion des affaires d'autrui emporte plusieurs obligations à la charge du gérant. Il supporte ainsi plusieurs obligations :

- **obligation de mener la gestion commencée à son terme** : à partir du moment où le gérant se charge d'effectuer un acte, il s'engage à aller jusqu'au bout de sa mission et continue la gestion jusqu'à ce que le géré (*ou ses héritiers*) soit à même de prendre le relais. Il doit régler toutes les questions accessoires et toutes les dépendances de l'affaire qui l'a fait intervenir.
- **obligation de rendre compte (comme un mandataire)** : il doit rendre compte au géré de tout ce qu'il a fait pour lui.
- **obligation de gérer avec soin** : s'il a commis des fautes<sup>36</sup>, le gérant en répondra conformément à l'article 1301-1 qui dispose qu'il « *est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable* ». Il doit agir comme un homme intelligent et raisonnable. Toutefois, il existe des atténuations à cette obligation dans la mesure où l'action du gérant étant exercée par altruisme et gratuité<sup>37</sup>, la faute commise par le gérant d'affaire fait l'objet d'une appréciation *in concreto*, autrement dit, les circonstances qui ont conduit le gérant à gérer l'affaire sont prises en compte<sup>38</sup>.

#### B. Les obligations du maître de l'affaire.

Il convient d'envisager ici **deux séries de rapports** :

- **à l'égard du gérant** : les obligations du maître sont celles du mandant à l'égard du mandataire (art 1301-2 c.civ). Concrètement, le gérant ne doit ***ni tirer profit de sa gestion, ni subir aucune perte*** du fait de son intervention dans l'intérêt du maître. Dans cet ordre d'idée, non seulement, le maître remboursera au gérant les dépenses utiles<sup>39</sup> ou nécessaires

---

<sup>35</sup> Anc. Articles 1372 à 1374.

<sup>36</sup> Même légères

<sup>37</sup> En parallèle avec art.1992 al.1 c.civ.

<sup>38</sup> Cf. art.1374 al.2. Cass.Civ.1, 3 janvier 1985, Bull.Civ., I, n°5 : un supermarché avait mis à l'abri un sac à main qu'une cliente avait oublié dans un chariot. Le sac a fait l'objet d'une mauvaise surveillance : jugé que le supermarché était responsable mais que les dommages-intérêts devaient être modérés.

<sup>39</sup> ie, celles qui tendent à la conservation ou l'amélioration d'une chose. Sont exclues les dépenses de pur agrément qui restent à la charge du gérant.

exposées dans son intérêt<sup>40</sup>. Il indemniserait également les dommages que celui-ci aura subis<sup>41</sup>. En revanche, le gérant ne peut prétendre au paiement d'une rémunération même s'il a agi à l'occasion de sa profession<sup>42</sup>.

- **à l'égard des tiers** : il convient ici de distinguer comme en matière de **représentation** :

→ Si le gérant n'a pas informé les tiers qu'il agissait pour le compte d'autrui, il reste **personnellement** tenu des obligations contractées. Aucun lien n'existe entre le tiers et le maître, mais ce dernier devra indemniser quand même le gérant.

→ Si le gérant d'affaire a déclaré agir pour au **nom et pour le compte d'autrui**, les tiers auront une action en paiement à l'encontre du maître de l'affaire<sup>43</sup>. Le gérant n'est pas contractuellement tenu (idée de représentation parfaite)<sup>44</sup>.

## SECTION 2 : LE PAIEMENT DE L'INDU

**Définition.** Régie par les anciens articles 1235 et 1376 à 1381 du code civil, la **répétition de l'indu** se présentait comme le remboursement, la restitution, d'une chose qui a été versée à tort ou qui n'était pas due. L'ancien article 1235 disposait ainsi que "*tout paiement suppose une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition*". Le nouveau texte, l'article 1302 du code civil, dans son alinéa 1, reprend littéralement le contenu de l'ancien texte avec une différence mineure « *tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution* ». Le mécanisme est aujourd'hui dénommé le paiement de l'indu et est régi par les articles 1302 à 1302-3 du code civil.

Même si les fondements de l'opération ont pu être discutés par le passé<sup>45</sup>, les textes relatifs au paiement de l'indu renvoient à une situation bien particulière mettant en présence deux personnes appelées *solvens* (débiteur) et *accipiens* (créancier). Plus précisément, le *solvens* accomplit une obligation soit qui n'existe pas, soit à laquelle il n'est pas tenu. En conséquence, l'*accipiens* ne devrait pas pouvoir conserver ce versement car il ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Le code civil reconnaît alors au *solvens*, une action lui permettant d'obtenir la répétition, aujourd'hui la **restitution de l'indu**, ie, un *droit de réclamer la restitution de la part perçue par l'accipiens*.

---

<sup>40</sup> Remboursement des dépenses avec les intérêts légaux qui courent de plein droit au jour de la dépense (≠ du droit commun car exigence de sommation de payer). L'al.3 de l'article 1301-2 le rappelle clairement.

<sup>41</sup> ex : cas de celui qui surveillait bénévolement des régates et qui a été blessé de ce fait, Civ.1, 14 nov. 1978, Bull.civ. I, n°344.

<sup>42</sup> Cass. Civ.1<sup>ère</sup>, 29 mai 2019, n° 18-16999, JCP 2019, G, I, 749, *spec.* 1§, obs.G.Loiseau.

<sup>43</sup> Civ. 17 mai 1939, GP 1939, 2, 245.

<sup>44</sup> Il faut bien sûr que les conditions de la GA soient réunies. En leur absence, le maître peut néanmoins être s'il ratifie la gestion.

<sup>45</sup> Trois fondements ont été développés successivement afin d'expliquer la répétition de l'indu : le quasi-contrat, la cause et l'enrichissement sans cause, cf. sur ces analyses Malaurie Ph., L.Aynès & Stoffel-Munck Ph., *op.cit.*, n°1041.

Il convient donc de présenter les conditions dans lesquelles ce paiement de l'indu peut s'exercer (1§) ainsi que les effets qu'elle produira (2§).

## 1§ LES CONDITIONS DU PAIEMENT DE L'INDU.

---

Il existe 3 conditions à la mise en œuvre de ce mécanisme. Si les conditions d'un paiement (A), et plus précisément d'un paiement indu (B), restent indiscutées ; l'exigence d'une erreur lors du paiement indu soulève débat (C).

### A. Un paiement.

Dans le sens juridique, le paiement constitue l'exécution d'une obligation. Concrètement, il faut que le *solvens* ait remis un bien, une somme d'argent, voire exécuté une prestation de service à l'*accipiens* au titre d'un paiement.

Ce paiement doit être établi par tous moyens par le demandeur (*solvens*).

### B. Un paiement indu.

Concrètement, cette condition envisageait traditionnellement de **2 séries d'hypothèses** qui sont reprises par les nouvelles dispositions du code civil :

→ **indu objectif (ou absolu)** <sup>46</sup> (2 illustrations + 1 ?) : c'est le cas dans lequel la **dette n'existe pas**. Le *solvens* n'est pas débiteur, et l'*accipiens* n'est créancier. **C'est le versement par un non-débiteur à un non-créancier, le paiement est donc sans cause à la fois pour le solvens et l'accipiens**. On assimile à ce cas l'hypothèse dans laquelle la **dette n'est que partielle** <sup>47</sup>.

Certains auteurs envisagent également de ranger sous cette rubrique, le cas du **débiteur qui n'est plus solvens** à la suite d'une action en nullité ou d'une action en résolution. L'action en restitution pourrait effectivement justifier la restitution des prestations reçues lors de l'exécution du contrat annulé ou résolu (qui se trouvent alors avoir été exécutées sans cause). Toutefois, le détour par le présent quasi-contrat est inutile, les restitutions s'expliquent plus simplement par application des règles contractuelles en

---

<sup>46</sup> Sur cette question, on peut lire J.F Kamden, *L'évolution du régime de l'action en répétition de l'indu objectif*, JCP 1997, I, 4018 ; I.Defrénois-Souleau, La répétition de l'indu objectif, RTDCiv. 1989, 243.

<sup>47</sup> Ex. une caisse d'allocation familiale qui verse une somme supérieure au droit de la personne, le surplus n'a pas de raison d'être. C'est le cas aussi de l'assureur qui paye une indemnité dans un cas exclu par la police.

matière de nullités, résolution ou caducité (qui renvoient aujourd'hui aux règles relatives aux restitutions des articles 1352 du code civil)

→ **indu subjectif (relatif)** : c'est le cas d'une dette qui existe mais elle ne concerne pas le *solvens* ou l'*accipiens*. **Autrement dit ici, le versement est justifié à l'égard de l'une des parties, mais non de l'autre.** L'indu subjectif recouvre 2 situations précises :

- cas du **paiement à autrui** : c'est le cas du *solvens* qui est réellement débiteur mais qui paye à l'*accipiens* qui n'est pas le créancier (art.1302-1)<sup>48</sup>. C'est le cas du versement par le vrai débiteur à un non-créancier<sup>49</sup>. Certains auteurs ont appelé cet indu l'indu subjectif actif<sup>50</sup>.
- cas du **paiement de la dette d'autrui** : l'*accipiens* est bien créancier mais pas du *solvens* (art.1302-2 c.civ.)<sup>51</sup>. C'est le cas du versement par un non-débiteur au vrai créancier<sup>52</sup>. Il est également appelé l'indu subjectif passif.

### C. Un paiement indu par erreur ?

Cette condition de l'erreur n'était littéralement **exigée** que par l'ancien article 1377 al.1<sup>er</sup>, *ie* pour le cas du **paiement de la dette d'autrui**<sup>53</sup>. L'exigence d'une telle preuve de l'erreur se comprend car c'est le véritable créancier qui a été payé et il est possible d'admettre que le *solvens* ait pu, dans un tel cas, payer pour diverses raisons valables : par intention libérale (ex, donation), voire par désir de payer pour un tiers. Dans ces conditions, la restitution de l'indu ne pourra aboutir que si le *solvens* démontre qu'il a agi par erreur et donc que son paiement est le fruit d'un consentement vicié.

Pourtant, pendant un temps la jurisprudence a exigé cette condition de l'erreur pour toutes les hypothèses de paiement de l'indu (sauf celle résultant d'une annulation du contrat). Depuis un arrêt de principe<sup>54</sup>, la jurisprudence distingue deux cas :

→ En présence d'un **indu objectif** : la répétition est subordonnée seulement à la preuve de l'absence de dette par le demandeur<sup>55</sup>. **La condition de l'erreur du solvens est donc ici écartée.**

---

<sup>48</sup> Anc.art. 1376 du code civil.

<sup>49</sup> Cas du paiement fait à un faux mandataire ou un faux héritier. Cas du chèque adressé à un mauvais destinataire.

<sup>50</sup> F.Terré, Ph.Simler, Y .Lequette & F.Chénédé, *op.cit.*, n°1285.

<sup>51</sup> Anc.art.1377 c.civ.

<sup>52</sup> Cas du créancier d'un défunt qui est payé par un faux héritier.

<sup>53</sup> Cas du paiement fait au véritable *accipiens* créancier par un non débiteur.

<sup>54</sup> Cass. Ass.Plén. 2 avril 1993, D.1993, 373, concl. Jéol.

<sup>55</sup> Sauf à l'*accipiens* de démontrer une intention libérale du solvens qui a volontairement payé !!

→ En présence d'un **indu subjectif** : l'exigence de l'erreur du *solvens* est maintenue du moins s'agissant du cas du **paiement de la dette d'autrui** (art. 1302-2 c.civ., soit pour l'indu subjectif passif)<sup>56</sup>. C'est ainsi que le *solvens* devra prouver, soit qu'il s'est cru obligé de payer une dette qui en définitive ne lui incombait pas, soit qu'il s'est trompé de titulaire de la créance. En revanche, l'exigence de l'erreur ne semble pas devoir être retenue pour le cas du **paiement à autrui**<sup>57</sup> (indu subjectif actif).

Cette erreur<sup>58</sup> peut être banale ou grossière, de fait<sup>59</sup> ou de droit<sup>60</sup>. La jurisprudence assimilait la **contrainte**<sup>61</sup> à l'**erreur**, solution consacrée aujourd'hui à l'article 1302-2 du code civil.

**Discussion.** On a pu se demander quelle était la conséquence d'une faute commise par le *solvens* ? Autrement dit, est-il privé du droit d'obtenir la restitution de l'indu ?

Pendant un temps, la jurisprudence distinguait selon la nature de l'indu. En cas **d'indu objectif**, elle considérait que la faute du *solvens* ne le privait pas de son droit à répétition, et l'*accipiens* devait restituer. Néanmoins, si ce dernier subissait un préjudice de ce fait, il pouvait agir contre le *solvens* fautif<sup>62</sup> sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun (anc.art.1382, 1383 c.civ.). Il y avait alors une compensation partielle ou totale qui pouvait ici jouer. En revanche, en cas **d'indu subjectif**, le *solvens* n'avait droit à répétition qu'en prouvant l'erreur. Si son erreur était fautive, la jurisprudence considérait qu'il n'était plus recevable à agir<sup>63</sup>.

Par un arrêt récent<sup>64</sup>, rendu au visa de l'article 1377 (ancien), la Cour de cassation est revenue sur cette solution. La cour a ainsi considéré que « *l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'accipiens de la faute commise par le solvens* ». Autrement dit, la faute du *solvens* ne l'empêche pas d'agir, mais le remboursement qu'il obtiendra pourra être

---

<sup>56</sup> Dans cette situation, le paiement par le non débiteur pourrait s'expliquer par sa volonté de gérer les affaires d'autrui, voire une intention libérale qui pourrait alors être présumée. Aussi, la répétition de l'indu suppose alors de renverser cette présomption et donc de prouver une erreur, dans ce sens, F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette et F.Chénédé, *op.cit.*, n°1292 et 1293.

<sup>57</sup> Comme dans l'indu objectif, l'*accipiens* n'a pas, dans ce cas, de créance (dans ce sens, A.Benabent, *op.cit.*, 15<sup>ème</sup> éd., n°465)

<sup>58</sup> Pour une illustration d'une erreur sur l'ordre des privilèges, laquelle n'ouvre pas droit à répétition dès lors que le paiement est intervenu sans atteinte au principe de l'égalité des créanciers chirographaires, cf. Civ.1, 24 oct.2019, n°18-22549, RTDCiv. 2020.100, obs.H. Barbier. Pour une règle spéciale contraire en droit des procédures collectives, cf. art. L.643-7-1 c.com.

<sup>59</sup> Héritier qui paye et qui ignorait l'existence d'un testament le déshéritant.

<sup>60</sup> Cas du parent d'un majeur responsable d'un dommage qui indemnise la victime en se croyant encore responsable.

<sup>61</sup> C'est le cas d'un débiteur qui a déjà payé mais qui faute de pouvoir présenter la quittance du 1<sup>er</sup> paiement, est obligé de payer une seconde fois indûment, Com, 16 juin 1981, Bull, n°279.

<sup>62</sup> La preuve d'une faute même légère suffit ici.

<sup>63</sup> Com 23 avril 1976, D.1977.562, note Vermelle ; Com 12 janvier 1998, D.1998, SC, 234, obs J.-L. Aubert.

<sup>64</sup> Cass.Civ., 17 févr.2010, n° pourvoi 08-19789, D.2010, 864, obs.N.Dissaux



réduit à hauteur du montant du préjudice causé à l'*accipiens*. C'est cette solution que consacre de manière générale l'article 1302-3 du code civil en disposant que la restitution « *peut être réduite si le paiement procède d'une faute* ».

Pour terminer, on précisera qu'en matière d'indu subjectif, et plus précisément le cas du **paiement de la dette d'autrui**, un événement peut faire obstacle à la restitution. L'article 1302-2 du code civil précise ainsi que le droit à restitution « *cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance* ». On constate néanmoins que si l'action contre le créancier est alors fermée, le solvens aura la possibilité de demander la restitution au véritable débiteur. Cette possibilité vient d'être consacrée par l'article 1302-2 alinéa 2 qui dispose que « *la restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur* ».

## 2§ LES EFFETS.

---

Si toutes les conditions sont réunies, l'*accipiens* va devoir restituer la chose reçue ou perçue de manière indue. Les règles de la restitution de l'indu étaient précédemment prévues par les anciens articles 1378 à 1381 du code civil. Désormais, l'article 1302-3 renvoie aux règles des articles 1352 à 1352-9 du code civil qui précisent les règles générales applicables aux restitutions consécutives aux sanctions de nullité, caducité et résolution.

Sans évoquer les règles de restitution dans le détail, on rappellera que l'ampleur des restitutions varie selon que l'*accipiens* restituant est de bonne foi ou non :

- s'il est de **bonne foi**, les articles 1352, 1352-6 et 1352-7 du code civil prévoient que l'*accipiens* devra **restituer la chose et les intérêts produits** par la chose à **compter du jour de la demande en restitution**<sup>65</sup>. C'est sur l'*accipiens* que pèse la charge de la preuve de la bonne foi.
- s'il est de mauvaise foi (cf. art 1352-7 c.civ.), l'*accipiens* restituant sera obligé à rembourser les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement **de l'indu**<sup>66</sup>.

**Prescription de l'action.** L'action est-elle soumise au délai de prescription de droit commun ou à la prescription applicable à la créance payée de manière indue (*ex, prescription spéciale annale*)? L'action est soumise à la prescription de droit commun qui court à compter du paiement<sup>67</sup> qui n'est plus aujourd'hui de 30 ans mais de 5 ans, ce qui a ôté quasiment tout intérêt pratique à la question.

---

<sup>65</sup> S'il a vendu la chose, il devra restituer le prix de la vente (art.1352-2 c.civ.). Si la chose a péri en raison d'un cas de force majeure, il va être exonéré.

<sup>66</sup> Si la chose a péri en raison d'un cas de force majeure, on lui fera payer sa mauvaise foi en lui exigeant le remboursement de la valeur de la chose.

<sup>67</sup> Cass.C.Mixte, 12 avril 2002, D.2002, 2433, note C de Vincelles.

### SECTION 3 : L'ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ

---

**Genèse.** Dans le code civil, il n'existait pas de principe général permettant de condamner l'enrichissement d'une personne au détriment d'une autre. Il est vrai que certaines règles du code civil s'inspirent néanmoins de cette règle et en constituent des applications particulières<sup>68</sup>. Cependant, ce principe général a été dégagé par les tribunaux qui ont mis en évidence une action judiciaire permettant à l'appauvri d'agir en cas d'enrichissement sans cause. Cette action a été baptisée **action de in rem verso**. C'est une action qui dérive du principe d'équité. Cette action a été consacrée par un arrêt du 15 juin 1892 dit *arrêt « du marchand d'engrais »* ou « *Arrêt Patureau-Mirand* »<sup>69</sup>.

Issus de l'ordonnance du 10 février 2016, les articles 1303 à 1303-4 introduisent dans le code le principe selon lequel « nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui » en y insérant un chapitre consacré à l'enrichissement injustifié (et non plus « l'enrichissement sans cause » comme auparavant, preuve que la cause est une nouvelle fois « bannie » du code). L'article 1303 du code civil dispose ainsi qu'« *en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ».

Nous envisagerons successivement les conditions (1§) et les effets (2§) de l'action de *in rem verso*.

#### 1§ LES CONDITIONS DE L'ACTION.

---

Pour intenter une action fondée sur l'enrichissement injustifié, trois conditions ont été progressivement mises en évidence par la jurisprudence et consacrées aujourd'hui par le code civil. Il faut ainsi un enrichissement et un appauvrissement corrélatif (A), une absence de justification à l'enrichissement (B) et le respect de la subsidiarité (C).

##### A. Un enrichissement et un appauvrissement corrélatif.

Par **enrichissement**, il convient de comprendre qu'une personne doit s'être enrichie (*gain positif, accroissement de son patrimoine*) ou doit avoir évité une dépense à son patrimoine. Cette augmentation peut être aussi bien un avantage matériel qu'un avantage

---

<sup>68</sup> C'est bien évidemment le cas de la gestion d'affaires, de la restitution de l'indu mais également de certaines règles relatives à l'accession (art.554 et 555 du code civil) ou encore aux récompenses lors de la dissolution du régime matrimonial (art.1412, 1416, 1433 et 1468).

<sup>69</sup> Req 15 juin 1892, DP 1892, 1, 596. Les faits étaient les suivants. A la suite d'une vente d'engrais, l'acquéreur, un fermier-preneur, était devenu insolvable et n'avait pas pu payer le prix de la vente. Expulsé de ces terres en raison d'un non-paiement des fermages, le vendeur d'engrais avait alors agi à l'encontre du bailleur propriétaire qui avait retrouvé des terres engraisées. L'action visait donc à permettre au vendeur d'agir en indemnisation de la plus-value ainsi procurée contre au propriétaire.

moral appréciable en argent (*ex : suivre gratuitement des cours payants*). Même si les nouveaux textes ne précisent pas la nature de l'enrichissement, il y a lieu sur ce point de suivre la notion telle qu'elle a été dégagée par la jurisprudence.

La notion d'**appauvrissement** signifie que la personne de l'appauvri doit une perte financière réelle ou un manque à gagner, voire encore par exemple, un service rendu et non rémunéré.

Il doit exister un **lien de causalité** entre l'appauvrissement et l'enrichissement. A défaut de corrélation entre les deux éléments, il n'y aurait pas d'enrichissement injustifié<sup>70</sup>.

## B. Une absence de justification à l'enrichissement.

Evoquer cette condition, ou auparavant l'absence de cause, c'est exiger que l'**enrichissement et l'appauvrissement soient dénués de justification juridique**. La charge de la preuve de cette absence de cause pèse sur le demandeur à l'action.

C'est ainsi que l'action de *in rem verso* ne pourra pas être engagée lorsque l'enrichissement trouve sa cause ou sa justification juridique dans un **contrat** ou dans une règle de droit comme une **disposition légale** (*comme la prescription extinctive qui justifierait l'extinction d'une dette*)<sup>71</sup>.

De même, l'action sera fermée lorsque l'appauvrissement se justifie par l'**existence d'une obligation légale** (*devoir moral des enfants de subvenir aux besoins des parents*) ou dans une intention libérale. C'est ce que rappelle désormais l'article 1303-1 du code civil.

De même, l'indemnisation ne sera pas possible si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri **en vue d'un profit personnel** (art.1303-2 c.civ.)<sup>72</sup>. C'est le cas lorsque celui qui s'est appauvri, agissait, à ses risques et périls, dans son intérêt personnel. Il ne pourra invoquer le bénéfice de cette action.

Avant la réforme du droit des contrats, une question avait fait débat et ne semble pas totalement résolue aujourd'hui, à savoir : **quel sort faut-il réserver à la faute de l'appauvri à l'origine de son appauvrissement ?** La solution était controversée en jurisprudence et en doctrine<sup>73</sup>. En réalité, une distinction avait été opérée selon la **gravité de la faute** :

- si l'appauvri avait commis une **faute grossière ou intentionnelle**, il était privé du bénéfice de l'action de *in rem verso*<sup>74</sup>,

---

<sup>70</sup> Pour une illustration, Cass.Civ., 3, 31 mars 2010, n°09-11969.

<sup>71</sup> Cf. pour une décision ayant considéré que le conjoint commun en biens participant bénévolement à l'activité professionnelle de l'autre ne subit pas d'appauvrissement injustifié, Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 17 avril 2019, n°18-15486, JCP 2019 G I 749, §2, obs.M.Billiau.

<sup>72</sup> C'est le cas de celui qui en protégeant son fonds par la construction d'une digue, protège aussi le terrain du voisin.

<sup>73</sup> Sur la question, cf. M.Lecene-Marénaud, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, RTDCiv. 1994, 515.

<sup>74</sup> Exemple du locataire sous le coup d'une ordonnance d'expulsion et qui effectue des travaux dont il demande réparation ; garagiste effectuant des travaux non commandés. Cf. ainsi Com. 19 mai 1998, D.1999, 406, pour

- s'il avait commis une **simple imprudence ou négligence**, l'action restait alors ouverte à l'appauvri<sup>75</sup>.

L'article 1303-2 du code civil dispose désormais que « *l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri* ». Cette nouvelle disposition semble avoir modifié quelque peu le débat dans la mesure où l'influence de la faute est reléguée au temps de l'évaluation et non plus au temps du bien-fondé de l'indemnisation. Il semble donc désormais que la faute n'a aucune incidence sur l'action qui resterait toujours ouverte, seule sa gravité pourrait conduire, selon son degré, à modérer l'indemnisation<sup>76</sup>. En revanche, on relèvera que la bonne foi de l'enrichi n'est pas une condition d'exercice de l'action de *in rem verso*. Elle n'exclut donc pas la possibilité pour l'appauvri d'agir en restitution<sup>77</sup>.

### C. Le respect de la condition de la subsidiarité.

L'action de *in rem verso* a un **caractère subsidiaire**<sup>78</sup>. Autrement dit, cette action n'est ouverte que dans les situations dans lesquelles aucune autre action n'est ouverte, elle ne peut être invoquée qu'à titre subsidiaire. C'est l'idée que l'action a été créée pour pallier aux situations pour lesquelles la loi n'a rien prévu et non pour faire échec aux dispositions applicables. En filigrane, l'objectif poursuivi est que le **domaine de l'action doit rester limité**.

On constate donc que l'action de *in rem verso* sera fermée si les autres moyens d'actions se heurtent à un **obstacle de droit** (*prescription de l'action, déchéance, forclusion, ou par l'effet de la chose jugée, ou impossibilité de prouver le contrat*). Dans une décision récente, la Cour de cassation a considéré que l'action était également tenue en échec par l'ordre public<sup>79</sup>. En revanche, si les autres actions se heurtent à un **obstacle de fait** (ex., *insolvabilité*), il serait alors possible d'utiliser l'action de *in rem verso*.

L'article 1303-3 du code civil reprend assez clairement cette condition de subsidiarité en disposant que « *l'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* ».

## 2 § LES EFFETS

---

une critique, cf. Djoudi, D.2000, Chr.60 ; cf. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 2010, n° 09-69.563, *inédit*. Apparemment dans le même sens, cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 2015, n° 14-10.075, JCP, E, 2015, 1238, par S. Le Gac-Pech

<sup>75</sup> Civ.1, 11 mars 1997, D.1997, 407, M.Billiau ; Civ.1, 13 juillet 2004, RTDCiv.2005, 120.

<sup>76</sup> Dans ce sens N.Dissaux & C.Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, commentaire des articles 1100 à 1386-1 c.civ., p.165.

<sup>77</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, n°12-29.304, JCP 2014, I, 998, 1§, obs.M.Billiau.

<sup>78</sup> Pour les conséquences procédurales de cette subsidiarité, cf. Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 29 Mai 2019, n°18-18376, JCP 2019 G I 749, §3, obs.M.Billiau.

<sup>79</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 18 Juin 2014, n°13-13.553, JCP 2014, I, 998, 2§, obs. G.Loiseau.

L'appauvri a droit à l'indemnisation calculée comme suit :

→ Application de la **règle du double plafond** : L'enrichi doit indemniser mais pas **plus que son enrichissement**. Parallèlement, l'appauvri sera indemnisé mais ne recevra **pas plus que son appauvrissement**.

Si le montant de l'enrichissement et celui de l'appauvrissement sont différents, l'obligation de restitution est fixée à la hauteur de la **plus faible des deux sommes**. Cette règle est aujourd'hui consacrée par l'article 1303 du code civil<sup>80</sup>. Néanmoins, et de manière exceptionnelle, l'indemnité due sera égale à la plus forte de ces deux sommes en cas de mauvaise foi de l'enrichi (art.1303-4 c.civ.).

→ **Détermination de la date d'appréciation de l'indemnisation de l'appauvri**. Le nouvel article 1303-4 du code civil a modifié les règles d'appréciation des deux sommes. Désormais :

- L'appauvrissement est apprécié dans son étendue au jour de la dépense, mais réévalué monétairement au jour du jugement,
- L'enrichissement est apprécié au jour de la demande mais se trouve réévalué à la date du jugement.

## CHAPITRE 2 : L'EXISTENCE DE QUASI-CONTRATS D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE ?

---

Pendant longtemps, cette catégorie ne connaissait qu'une seule illustration issue de l'arrêt « *du marchand d'engrais* »<sup>81</sup>, à savoir l'enrichissement sans cause. Puis, la jurisprudence l'a complétée en qualifiant récemment de quasi-contrat, la création d'une illusion de gain en matière de loteries publicitaires<sup>82</sup>. Avec l'intégration de l'enrichissement injustifié dans la catégorie des quasi-contrats légaux, celle des quasi-contrats jurisprudentiels voit son contenu réduit au minimum (Section 1), à tel point que l'on peut s'interroger sur le l'avenir de cette catégorie (Section 2).

### SECTION 1 : LE CONTENU DE LA CATEGORIE.

---

<sup>80</sup> En comparaison avec d'autres mécanismes, l'action de *in rem verso* ne semble guère favorable à l'appauvri. En effet, dans la gestion d'affaires, le gérant peut obtenir le remboursement de ses dépenses utiles, même si le profit subsistant leur est inférieur. Dans la responsabilité civile délictuelle, la victime sera indemnisée de la totalité de son dommage.

<sup>81</sup> Req. 15 juin 1892, précité.

<sup>82</sup> Le Professeur A.Bénabent rajoute néanmoins l'apparence à cette catégorie.

La Cour de cassation a récemment, dans deux décisions du même jour, consacré un nouveau quasi-contrat : **l'annonce d'un gain à un destinataire sans mettre en évidence l'existence d'un aléa**<sup>83</sup>. L'hypothèse visait plus précisément les *promesses fallacieuses accompagnant les loteries publicitaires*.

Les faits de l'hypothèse peuvent se résumer ainsi : une entreprise commerciale annonce à un destinataire le gain d'un lot (somme argent ou autre bien) et lui propose de commander sans annoncer clairement le caractère aléatoire du gain. Il crée ainsi chez son destinataire l'illusion d'avoir gagné. Ce dernier peut-il réclamer le paiement du gain ?

**Analyses tentées.** Plusieurs analyses ont été avancées pour légitimer la demande du client déçu et sanctionner finalement cette pratique commerciale contestable. La jurisprudence a ainsi retenu plusieurs fondements : la théorie de l'engagement unilatéral ; la formation d'un contrat tacite (offre + acceptation), voire l'application des règles de la responsabilité civile. Ces explications se sont toutes révélées plus ou moins critiquables ou décevantes<sup>84</sup>.

**Analyse retenue.** Dans son arrêt du 6 septembre 2002, la Chambre mixte de la Cour de cassation considère, au visa de l'ancien article 1371 (aujourd'hui art.1300 c.civ.), « *que l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer* ».

En recourant expressément à la théorie du quasi-contrat, la Chambre mixte prend clairement position sur le fondement juridique utilisé et permet au client déçu d'obtenir la totalité du gain annoncé (et non des DI). Avec cette solution, elle évite également une appréciation judiciaire douteuse sur le caractère suffisamment ferme de la volonté de s'engager de l'organisateur.

**Conditions de mise en œuvre du quasi-contrat.** Même si les contours du régime juridique de ce nouveau quasi-contrat semblent difficiles à esquisser, 3 conditions apparaissent, les deux premières de nature objective et la troisième plutôt de nature subjective :

- l'annonce d'un gain à une personne dénommée, c'est-à-dire **la création d'une illusion**,
- l'absence de mention claire informant, dès l'annonce du gain, le destinataire de l'existence de l'aléa, autrement dit **l'absence d'un engagement réel**<sup>85</sup>,
- la **croissance légitime du destinataire dans la réalité du gain annoncé** : elle traduit la bonne foi du demandeur.

Aucune autre condition n'est requise comme, par exemple, la preuve d'un préjudice.

**Effets de ce quasi-contrat.** Si les conditions sont réunies, ce quasi-contrat permettra au demandeur d'obliger celui qui a annoncé le gain à le « *délivrer* ».

---

<sup>83</sup> Cass.Ch.Mixte, 6 sept 2002, D.2002, 2963, note D.Mazeaud ; JCP E 2002, 1687, note G.Viney. cf.aussi Ph.Le Tourneau et A.Zabalza, *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, CCC 2002, chron.22.

<sup>84</sup> Sur le détail de ces explications et leurs faiblesses, Malinvaud P. & D. Fenouillet, *op.cit*, n°783

<sup>85</sup> S'il y avait véritable engagement, le quasi-contrat n'aurait aucune utilité.

**Critique de l'analyse retenue.** Néanmoins, le recours à la notion de quasi-contrat a soulevé, et soulève encore, de nombreuses critiques :

- tout d'abord, il rompt le caractère unitaire de la notion de quasi-contrat habituellement définie comme un fait volontaire et désintéressé d'une personne entraînant pour une autre un avantage injustifié que la loi vise à compenser. Or ici, nous sommes en présence d'un fait volontaire et intéressé n'entraînant aucun avantage pour autrui. Et, c'est la loi qui, au contraire, va, non pas compenser l'avantage injuste, mais instaurer cet avantage. Cet avantage apparaît alors comme une sorte de sanction d'un comportement jugé déloyal,
- Par ailleurs, les quasi-contrats reposaient sur un fait générateur d'obligation qui était licite. Avec la solution issue de l'arrêt de 2002, c'est un comportement malhonnête, donc un fait illicite, qui se trouve sanctionné et qui logiquement devrait donner lieu à la mise en jeu de la responsabilité civile.
- enfin, n'étant plus une notion unitaire, le risque est alors de transformer la catégorie des quasi-contrats en une catégorie « *fourre-tout* » destinée à accueillir ce qui ne serait pas vraiment contrat, ni engagement unilatéral.

Malgré ces critiques, la Cour de cassation a eu l'occasion de réitérer sa solution<sup>86</sup>. Néanmoins, la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 n'aborde à aucun moment ce quasi-contrat à tel point qu'il est possible de s'interroger sur le devenir de cette catégorie.

## ***SECTION 2 : L'AVENIR DE CETTE CATEGORIE***

---

Le projet d'ordonnance ne cite pas le quasi-contrat reposant sur la création d'une illusion de gain parmi les quasi-contrats qu'il envisage, alors même qu'il consacre légalement une ancienne forme jurisprudentielle, celle de l'enrichissement injustifié. Doit-on alors considérer que la solution jurisprudentielle issue de l'arrêt de la Chambre Mixte se trouve dès lors condamnée ? et avec elle la catégorie des quasi-contrats d'origine jurisprudentielle ?

Un auteur le pense et soutient que le quasi-contrat de loterie publicitaire se trouve implicitement condamné<sup>87</sup>. Pourtant, d'autres auteurs avancent plusieurs arguments permettant de répondre plutôt par la négative :

- Tout d'abord, l'article 1300 al.2 dispose que « *les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié* ». Si le quasi-contrat jurisprudentiel de loterie publicitaire n'a pas été consacré par le code civil, il ne semble pas pour autant clairement condamné en tant que quasi-contrat. D'ailleurs, un auteur explique l'absence du quasi-contrat de loterie publicitaire du code civil en évoquant une

---

<sup>86</sup> Cette solution a été depuis reprise par Civ1, 18 mars 2003, CCC 2003, comm.100, obs. G.Raymond. Puis ultérieurement, Civ.1, 13 juin 2006, RDC 2006, 1115, obs. D.Fenouillet

<sup>87</sup> F.Chénéde, Les quasi-contrats, JCP 2015, supplément au n°21, n°3.

possible **attraction de ce quasi-contrat par le droit commercial** pour devenir une forme de « *quasi-contrat spécial* »<sup>88</sup>.

- Ensuite, ce quasi-contrat semble répondre à la nouvelle définition de l'article 1300 du code civil puisque l'annonce trompeuse est bien un fait volontaire qui engendre une obligation à la charge de son auteur (celle de délivrer le lot) sans créer d'obligation à la charge de celui qui en profite<sup>89</sup>,
- Enfin, cette catégorie des quasi-contrats jurisprudentiels semble pouvoir coexister parallèlement à celle du code civil, certains auteurs y rattachant d'ailleurs d'autre quasi-contrat comme la théorie de l'apparence<sup>90</sup>.

## PARTIE 2 : LE REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS

---

Lors des propos introductifs, nous avons souligné la double réalité de l'obligation à la fois **lien** et **bien**. Cette double nature de l'obligation va apparaître à tous les stades de son existence : au moment de sa naissance (sa formation), lors de sa «vie» (transmission et circulation de la créance,) jusqu'à sa disparition (extinction de l'obligation).

L'ensemble des règles qui vont suivre s'applique à toutes les obligations quelles que soient leurs sources, contrats, délits, quasi-contrats. Elles constituent ce que l'on appelle le régime général des obligations.

Nous allons les présenter dans les trois titres suivants :

- TITRE I : LES MODALITES DES OBLIGATIONS
- TITRE II : LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS
- TITRE III : L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

---

<sup>88</sup> cf. G.Loiseau, JCP, ed. G, 2015, I, 1044, *spec.*, §2.

<sup>89</sup> Dans ce sens, cf. la démonstration in G.Chantepie & M.Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n°704 qui ne voit pas de contrariété à appliquer la nouvelle définition au cas des loteries publicitaires et qui font un raisonnement par analogie avec la gestion d'affaires dans laquelle le maître de l'affaire aussi ne supporte pas d'obligation (du moins si l'acte accompli par le gérant ne lui a rien coûté, ne lui a pas causé de préjudice et n'a pas impliqué de tiers).

<sup>90</sup> A.Bénabent, *op.cit.*, 15<sup>ème</sup> éd., n°489.



## TITRE I : LES MODALITES DES OBLIGATIONS

---

Dans l'étude de l'obligation, il est usuel de raisonner sur le cas le plus simple, celui où elle comporte deux sujets (créancier et débiteur) d'une part, et où elle est obligatoire purement et simplement (le débiteur est immédiatement obligé). Pourtant, le rapport d'obligation prend, dans certains cas, un aspect particulier lorsqu'il est affecté d'une modalité. Elle est alors qualifiée d'**obligation complexe**.

Evoquer les « *modalités de l'obligation* », c'est envisager certaines « *manières d'être* » de l'obligation<sup>91</sup>. Cette expression, parfois discutée, a pourtant été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 et constitue désormais le titre du premier chapitre qui introduit le Titre IV (du Livre III du code civil) consacré au Régime général des obligations.

En définitive, on constate que ces modalités peuvent intéresser différents aspects de l'obligation. Tout d'abord, elles peuvent envisager l'obligation en elle-même, c'est-à-dire dans son existence ou dans son exigibilité. Les **modalités** sont alors qualifiées de terme ou de condition (CHAPITRE I). Ensuite, les modalités peuvent affecter l'objet ou les sujets de l'obligation. Dans ces hypothèses, l'obligation peut ainsi se caractériser par une pluralité de sujets (actifs ou passifs) ou alors par une pluralité d'objets. Les obligations sont alors qualifiées d'**obligations plures** (CHAPITRE II).

### CHAPITRE 1 : LES MODALITES AFFECTANT L'OBLIGATION EN ELLE-MEME

---

Manière d'être de l'obligation, la modalité a pour but de fixer les effets d'une obligation dans le temps soit en la retardant, soit même en les éteignant. Les parties disposent pour cela de deux modalités temporelles : l'une affecte directement l'exécution de l'obligation : c'est le terme (SECTION I) ; l'autre intéresse l'existence de l'obligation, il s'agit de la condition (SECTION II).

#### *SECTION I : LE TERME*

---

Le terme est aujourd'hui encadré par les articles 1305 à 1305-5 du code civil. Afin de définir le terme, il conviendra de préciser la notion de terme (1§), avant d'aborder ses effets (2§) et la disparition du terme (3§).

---

<sup>91</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1198.

Afin de préciser la notion de terme, plusieurs classifications ont été avancées. Même si ces distinctions permettent de préciser la notion (B), une définition doit d'abord être proposée (A).

### A. La définition du terme.

Avant la réforme de 2016, le code civil ne définissait pas le terme, il en prévoyait seulement une illustration (terme suspensif). Néanmoins, il était traditionnellement défini comme **un événement futur (=condition) et certain (#condition) dont dépend l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation**. L'article 1305 du code civil reprend peu ou prou cette approche et considère que « *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* ».

Si les deux définitions sont assez proches, une différence demeure. Selon l'ancienne définition, le terme peut affecter le contrat de deux manières :

- soit, le terme détermine **l'exigibilité** de l'obligation. Elle sera suspendue jusqu'à l'arrivée de l'événement prévu, le terme fixe alors l'échéance. On dit que le **terme est suspensif**. Seul ce terme a été retenu par l'article 1305 du code civil (comme il l'était aussi par l'ancien article 1185 c.civ.).

- soit le terme détermine **l'extinction** de l'obligation. Il affecte alors la durée de l'obligation et son arrivée entraînera l'extinction de l'obligation. C'est un **terme extinctif**. Ce terme n'est pas visé par l'article 1305 du code civil. Néanmoins, il n'a pas pour autant disparu et est envisagé implicitement dans les dispositions relatives à la durée du contrat (cf. articles 1210 & suiv., *spec. art.1212 c.civ.*).

Exemple : Aujourd'hui, je vous loue mon chalet à partir du 15 décembre 2016 et jusqu'au 15 janvier 2017.

Aujourd'hui = jour de conclusion du contrat. Le contrat existe, seul son exécution est retardée.

15 décembre 2016= le terme suspensif

15 janvier 2017 = terme extinctif.

Entre les deux types de termes, la différence est essentielle. Alors que pour le terme extinctif, l'obligation est d'ores et déjà exigible tant que le terme fixé n'est pas intervenu ; en revanche, pour le terme suspensif, l'obligation reste en suspens et ne deviendra exigible qu'au jour de l'arrivée du terme. Cette distinction est essentielle même si d'autres permettent d'affiner la notion.

## B. Les diverses sortes de terme.

Une triple distinction doit être présentée selon que l'on envisage la cause du terme, le degré de précision du terme et l'intérêt du terme, autrement dit, le bénéficiaire du terme.

**1. Selon la cause du terme**, il est classique de distinguer le terme conventionnel, légal et judiciaire conformément aux trois sources classiques des obligations.

Le **terme conventionnel** résulte de la convention des parties. Il peut alors être exprès ou tacite (art.1305-1 c.civ.). C'est le cas, pour ce dernier, dans le cas du bail d'un immeuble en construction qui est tacitement affecté d'un terme (suspensif). Il s'agit alors du jour où les appartements seront habitables. On parle ici, très souvent, de terme de droit, c'est à dire qu'il constitue dans ce cas un droit puisque qu'il a été consenti par le créancier au débiteur. Il doit alors être distingué du terme de grâce qui est d'ailleurs un terme judiciaire.

Le **terme judiciaire** est une faveur que le juge peut accorder ou refuser dès lors que certaines conditions sont remplies. Outre les délais de grâce prévus à l'article 1343-5 du code civil, peuvent être cités les délais octroyés au débiteur dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire (L.626-18, c.com.).

Enfin, le **terme légal** est celui accordé par la loi qui est également un terme de droit. Il permet ainsi de différer l'exigibilité de certaines obligations notamment légales<sup>92</sup>. Pour les autres obligations, notamment conventionnelles, ce terme est plus rare. Néanmoins, il arrive que la loi accorde à des débiteurs le droit de différer l'exécution de leur obligation pendant une certaine durée ou jusqu'à telle date. On parle alors de moratoires légaux<sup>93</sup>.

**2. Le terme peut également être envisagé selon le degré de précision de son échéance.** On distingue alors le terme certain et le terme incertain.

En général, lorsque l'obligation est affectée d'un terme, la date d'arrivée du terme est connue avec précision dès la conclusion du contrat. Soit parce que la date a été expressément déterminée (ex, 1er avril) ou fixée par référence à un événement précis dans le temps (fête nationale, anniversaire) ; soit parce que l'échéance a été fixée par l'écoulement d'un nombre déterminé de période (5 mois, 2 ans). **Le terme est alors qualifié de certain.**

Cependant, il peut arriver que le terme déterminant l'exigibilité de l'obligation, quoique de réalisation certaine (par définition), peut être **incertain**, c'est à dire que l'on ignore la date exacte à laquelle il se produira. Le principe de distinction entre ces deux types de terme résulte de l'article 1305 *in fine*. L'illustration la plus simple est celle du décès. L'événement est certain dans sa réalisation mais une incertitude plane seulement sur le moment de sa réalisation (non sur son principe). C'est ainsi que l'on considère comme un terme incertain, le terme indéterminé pour lequel les parties ont, volontairement ou non,

---

<sup>92</sup>La loi accorde au tuteur un délai de 6 mois pour employer les capitaux du mineur ainsi que l'excédent de ses revenus. Le délai peut être prorogé par le conseil de famille.

<sup>93</sup> L'exemple connu de la loi du 11 déc.1963 instituant des mesures de protection, et notamment des moratoires, pour les rapatriés d'Algérie.

omis de le fixer. C'est le cas du prêt sans échéance (*art.1900 c.civ.*) ou stipulé remboursable quand le débiteur le pourra (dite « *clause de retour à meilleure fortune* »), *art.1901 c.civ.*). Le juge doit ici fixer un terme raisonnable suivant les circonstances. Cette solution initialement prévue exclusivement pour le prêt vient d'être généralisée par l'article 1305-1 qui dispose que « *le terme peut être exprès ou tacite.... à défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties* ».

Une difficulté existe néanmoins entre le terme incertain et la condition (événement futur et incertain dans sa survenance). La frontière apparaît particulièrement étroite puisque la volonté du débiteur peut ne pas être totalement étrangère à l'arrivée du terme. La différence entre « *quand le débiteur le pourra* » (terme incertain) et « *quand le débiteur le voudra* » (condition potestative nulle) est difficile à mesurer. A cet égard, la jurisprudence a considéré qu'il convenait de s'attacher plus à la conviction, qu'avaient les parties, que l'événement se réalisera ; qu'à la certitude objective de l'arrivée de l'événement. Aussi le même événement objectivement incertain pouvait être qualifié de terme ou de condition selon que les parties, à tort ou à raison, le tenaient ou non pour certain. Cette analyse subjective a été progressivement abandonnée par la Cour de cassation<sup>94</sup> qui est revenue à une analyse objective de la certitude (ou de l'incertitude) respectivement pour le terme et la condition. La réforme ne semble pas revenir sur cette évolution.

3) Une distinction des termes repose également **selon l'intérêt du terme**. En effet, il est important de connaître dans l'intérêt de qui le terme est stipulé. S'il est **stipulé au profit d'une seule partie**, celle-ci pourra y renoncer. C'est ainsi que s'il est profit du créancier, celui-ci pourra réclamer le paiement à l'avance pour pouvoir bénéficier immédiatement du capital<sup>95</sup>. En revanche, s'il est **stipulé au profit du débiteur**, ce dernier pourra procéder à un paiement anticipé. Dans certains cas, le terme est stipulé dans **l'intérêt commun** des deux parties. Leur accord est nécessaire pour y renoncer.

Suivant en cela l'ancien article 1187, le nouvel article 1305-3 du code civil dispose que « *le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties* ». L'alinéa 2 du même texte rajoute que « *la partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre*<sup>96</sup>. **En conséquence, le terme, sauf exceptions, est stipulé dans l'intérêt du débiteur.** Il pourra donc devancer l'échéance et payer par anticipation. Dans certains cas, le terme peut expressément avoir été stipulé dans l'intérêt commun des deux parties. Mais cela peut résulter de l'économie générale du contrat. Ainsi en matière de prêt à intérêt, on présume que le terme est stipulé dans l'intérêt des deux.

---

<sup>94</sup>Civ.1ère 13 avril 1999, *JCP*.2000.II.10309, note A-S. Barthez ; *Defrénois* 1999, p.1001, n°76, D.Mazeaud ; *D.Aff.* 1999, p.937, J.F. Dans le même sens, Civ.1ère, 13 juillet 2004, *RTDCiv.* 2004, p.734, J.Mestre et B.Fages.

<sup>95</sup>art.1944 en matière de dépôt. Le terme est stipulé dans l'intérêt du déposant qui pourra réclamer la restitution avant le terme.

<sup>96</sup> Par exemple, cf.Com.15 juin 2011, n°10-18850, BC, IV, n°98

Il convient d'envisager les deux types de termes, terme suspensif (A) et terme extinctif (B), même si ce dernier ne soulève guère de difficultés.

### A. Le terme suspensif.

La situation respective des parties doit être examinée à deux moments : durant la durée du terme (1) et lors de l'arrivée de l'échéance (2).

#### 1. Pendant la durée du terme.

L'article 1305 du code civil précise la spécificité du terme. Il n'affecte pas l'existence même de l'obligation, il retarde seulement son exigibilité. Une double idée traduit alors son régime juridique<sup>97</sup> : **l'obligation existe** mais **elle n'est pas exigible**.

► **L'obligation existe**, autrement dit le débiteur à terme est, d'ores et déjà, débiteur. Plusieurs règles découlent de cette certitude de la créance :

- l'article 1305-2 précise ainsi que le débiteur qui a payé avant le terme (même par erreur) à payer ce qui était effectivement dû et ne pourra en demander la répétition,
- un créancier à terme peut faire des actes conservatoires de son droit s'il est en péril (ex, inscrire une hypothèque pour garantir sa créance)<sup>98</sup>.
- la question des risques est réglée comme si l'obligation était pure et simple. Les risques de la chose faisant l'objet d'une obligation de donner à terme sont pour l'acquéreur (sauf convention contraire) car le terme retarde seulement l'exécution de l'obligation de livraison et n'a pas empêché le transfert de propriété de se réaliser au jour même du contrat. Sauf si le terme porte sur le transfert de propriété.

► **Mais l'obligation n'est pas exigible** (art.1305-2). Plusieurs conséquences :

- le créancier est sans droit pour exiger le paiement de la créance, il ne peut procéder à aucun acte d'exécution. S'il le faisait, le débiteur pourrait lui opposer une défense fondée sur le terme. Parce qu'il s'agit d'un terme de droit, il devra être respecté par le juge et le créancier.

---

<sup>97</sup> Le régime décrit s'applique uniformément au terme conventionnel et au moratoire légal. Des spécificités existent pour les « délais de grâce » qui rapprochent ce « terme » plus d'une mesure de suspension des poursuites que d'un véritable terme de l'obligation (cf.1343-5).

<sup>98</sup> Autres effets : 1) l'acte juridique correspondant peut faire l'objet d'une action en nullité ou en rescision, les conditions du vice sont appréciées au jour de sa conclusion, 2) Le point de départ de la prescription des actions dirigées contre l'acte n'est pas retardé par l'existence du terme.

On considère qu'il ne peut invoquer l'action oblique (même si ce n'est pas véritablement un acte d'exécution) mais qu'il peut faire jouer l'action paulienne (exige seulement la certitude dans son principe).

- le créancier à terme ne peut prétendre bénéficier de la compensation car celle-ci lui permettrait d'obtenir un paiement anticipé. C'est le cas où il serait débiteur de son débiteur. S'il invoquait la compensation, il parviendrait à priver le débiteur du bénéfice du terme.

- comme la dette n'est pas exigible, elle n'est pas non plus prescriptible (*art.2234 c.civ.*), conformément au principe général que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir.

## 2. A l'échéance du terme.

L'arrivée du terme emporte l'exigibilité de la créance, autrement dit, le créancier pourra alors prendre des mesures d'exécution forcée contre le débiteur à la condition, quand même, de mettre en demeure le débiteur et d'avoir un titre exécutoire<sup>99</sup>. Sauf convention contraire des parties (fréquente), la seule échéance du terme n'emporte pas mise en demeure.

L'effet de l'échéance se produit exactement au lendemain de sa réalisation. En effet, le délai (terme certain) est compté par jours entiers et non par heures. L'échéance produit donc son effet, non le jour anniversaire de son point de départ, mais le lendemain à 0h.

## B. Le terme extinctif.

La situation est plus simple. Avant l'échéance, le contrat se déroule comme s'il n'y avait aucune modalité. Elle s'exécute comme s'il s'agissait d'une obligation pure et simple, seule son extinction est retardée. A l'échéance, l'obligation cessera mais seulement pour l'avenir sans rétroactivité (# condition résolutoire et terme extinctif)<sup>100</sup>.

## 3§ LA DISPARITION DU TERME

---

Le terme disparaît bien évidemment **lors de l'échéance du terme**, il s'agit du mode normal d'extinction du terme. Toutefois, il arrive que le terme disparaisse de manière anticipée par suite d'une renonciation (A) et de la déchéance du terme (B).

---

<sup>99</sup>Pour le délai de grâce ou le moratoire légal, l'exécution forcée pourra reprendre sans qu'il y ait de nouvelle mise en demeure. En effet, la mise en demeure effectuée conserve son effet de principe.

<sup>100</sup>Une exception existe toutefois pour le terme suspensif en matière de vente d'immeuble à construire à terme (art.1601-2) où le terme est rétroactif.

## A. La renonciation.

La renonciation met fin au terme si elle émane de celui au profit duquel le terme existait. Ce dernier pourra ainsi imposer à l'autre partie le paiement, voire la compensation.

Si le terme est dans l'intérêt des deux parties, la renonciation suppose leur accord. La jurisprudence considère que ce commun accord peut être tacite (si le créancier accepte le paiement offert par le débiteur)<sup>101</sup>. Cette solution devrait être maintenue après l'entrée en vigueur de la réforme.

## B. La déchéance

La déchéance du terme est une **sanction** spécialement prévue contre le débiteur, auquel un terme avait été accordé, et qui ne paraît plus mériter la confiance qui lui avait été faite. La déchéance entraîne donc l'exigibilité immédiate (et donc par anticipation) de la dette, à titre de sanction ou de sauvegarde des intérêts du créancier.

Il existe aujourd'hui **trois hypothèses de déchéance du terme** :

- **hypothèse générale** : le débiteur « *ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* » (art.1305-4). Dès lors que les garanties données représentent un élément essentiel du consentement du créancier lors de l'octroi du terme, la disparition de ces sûretés (en tout ou partie) entraîne logiquement la déchéance du terme. Le créancier est alors en droit de ne pas attendre l'échéance convenue. La déchéance n'est pas de plein droit, elle sera prononcée par le juge qui appréciera l'importance de la diminution des sûretés<sup>102</sup>.

- **hypothèse contractuelle** : la cause de déchéance peut avoir été prévue par le **contrat**, elle vient alors s'ajouter aux causes légales de déchéance. Toutefois, dans certaines situations, ces clauses sont prohibées comme dans le cadre des procédures collectives (cf. par ex., L.622-29 c.com.). Dans ce dernier cas, la clause est alors réputée non écrite.

- **hypothèse spéciale** : l'ancien article 1188 prévoyait un cas de déchéance du terme en cas de « *faillite* » (anc.art.1188). Ce cas a été supprimé avec la réforme des procédures collectives issue de la loi du 25 janvier 1985 puisque « *le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues* » (cf. par ex., L.622-29 c.com.). Des hypothèses de déchéance perdurent néanmoins dans ce cadre législatif, c'est notamment le cas en cas de jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire ou la cession de l'entreprise (cf. par ex., L.643-1 c.com.).

---

<sup>101</sup> Le paiement anticipé peut cependant être imposé au créancier, même si le terme est dans l'intérêt commun, dans l'hypothèse de la subrogation conventionnelle par le débiteur (1250-2° c.civ.). C'est le cas ici car cette subrogation se réalise surtout en cas de prêt à intérêt. Justification : des considérations d'équité, F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1370; *contra* P.Malaurie *Baisse des taux, prêts à long terme et renégociation*, D.1998. Chron. p.17

Le nouvel article 1305-5 du code civil précise que la « *déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions*<sup>103</sup> » consacrant ainsi une jurisprudence constante de la Cour de cassation.

## SECTION II : LA CONDITION

---

**La condition est un événement futur (=terme) mais incertain (#terme) auquel est subordonnée la formation (naissance) ou la disparition (résolution) d'une obligation.** De cette définition, il est possible de déduire l'existence de **2 types de conditions** :

- la **condition suspensive** : la formation même de l'obligation dépend de la réalisation de la condition.
- la **condition résolutoire** : l'obligation est déjà née mais sa survie dépend de la réalisation, ou de la non réalisation, de la condition.

Dans ces deux cas, c'est **l'existence** de l'obligation qui dépend de la condition alors que le terme n'affecte que la **durée** ou **l'exigibilité** de l'obligation. Cette définition et cette présentation traditionnelle sont reprises par l'article 1304 du code civil. Les articles 1304 à 1304-7 du code civil régissent aujourd'hui la condition. Afin de préciser les contours de la condition<sup>104</sup>, comme modalité des obligations, on envisagera successivement les conditions de validité de cette modalité (1§) et leurs effets (2§).

### 1§ LES CONDITIONS DE VALIDITE.

---

<sup>102</sup> Il s'agit normalement de sûretés conventionnelles (argument de texte anc. art.1188), mais la doctrine étend la notion aux sûretés légales ou judiciaires (Com.9 mai 1994, RTDCiv 1995.110, note J.Mestre).

<sup>103</sup> Rajout en gars issue de la Loi du 20 avril 2018 ayant un caractère interprétatif (en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016).

<sup>104</sup> D'emblée une précision s'impose. Il ne faut pas confondre la condition, modalité de l'obligation, avec la condition de validité ou de formation d'un contrat. Dans ce dernier cas, la condition représente l'élément constitutif de l'acte, sans lequel l'acte ne pourra pas exister ou atteindre l'efficacité. En revanche, la condition comme modalité est un élément accessoire de l'obligation, dont la volonté des parties fait dépendre la formation ou la survie de l'obligation. L'obligation aurait pu exister sans cette modalité. Autrement dit, un élément essentiel du contrat (ou de l'obligation) ne peut être érigé en condition. Par exemple, le consentement des parties au contrat qui lui donne naissance ne peut être érigé en condition. Une vente conclue sous la condition que l'acquéreur confirme son prix n'est pas une vente conditionnelle. Dans ce cas, il n'y a ni vente, ni obligation, les parties sont dans une phase précontractuelle. S'agissant de la sanction applicable dans la situation présente, la Cour de cassation a considéré que la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite, Cass.Civ.3, 22 octobre 2015, n°14-20096, D.2015, 2478, note N. Dissaux. De même des contrats ne pourraient être conclus à la condition suspensive que son contenu soit conforme à l'ordre public ou à la condition que son contenu soit suffisamment certain. Des contrats pourraient envisager d'anticiper la disponibilité de l'objet. Ainsi, des décisions ont pu admettre la validité d'une condition suspensive portant sur la disponibilité d'une chose, objet de contrat. Ainsi la Cour de cassation a pu valider la cession d'un bien sous la condition suspensive de la purge du droit de préemption urbain (Cass.Civ.3, 30 Mars 2011, n°10-13756 ; Cass.Civ.3<sup>ème</sup>, 22 nov.2018, n°17-14712, RTDCiv.2019, 96, obs .H.Barbier). On pourra consulter encore dernièrement un arrêt admettant la conclusion d'un contrat de location-gérance sous la condition de l'obtention par la société en cause d'une autorisation judiciaire la dispensant de la condition d'exploitation personnelle des fonds de commerce pendant 2 ans préalablement à leur mise en gérance, Cass.Com. 23 Janvier 2019, n°17-24051, RTDCiv.2019, 331, obs .H.Barbier)



Pour qu'une condition, modalité de l'obligation, puisse être valablement stipulée dans un contrat encore faut-il qu'elle porte sur un événement présentant certains caractères. Il doit être futur et incertain (A), être licite (B) et être extérieur à la volonté du débiteur (C).

#### A. Un événement futur et incertain.

L'événement doit être nécessairement **futur**. Autrement dit, celui qui s'est déjà réalisé ne peut constituer une condition, même s'il était connu des parties (ex : *je te paye si F. Hollande devient un jour président de la République*). Dans ce cas, l'obligation doit être considérée comme pure et simple. Ainsi, l'ancien article 1181 prévoyait que dans ce cas-là la modalité stipulée demeurée toujours une condition mais qu'elle avait effet du jour où elle a été contractée.

L'événement doit être **incertain** dans son **existence** même. S'il ne l'était que dans sa date, il s'agirait alors d'un terme. On a pu considérer l'événement n'avait pas à être objectivement incertain. En effet, il suffisait qu'il le soit subjectivement, c'est-à-dire que dans l'intention des parties, il soit considéré comme incertain alors qu'il ne l'était pas réellement. Dans ces conditions, il pouvait alors être érigé en condition, alors qu'objectivement la certitude opinait dans le sens du terme. Cette solution, un temps admise, semble avoir été abandonnée par la jurisprudence<sup>105</sup>.

#### B. Un événement licite.

La condition doit être licite, à défaut l'obligation est nulle (art.1304-1 c.civ.).

L'ancien article 1172 retenait déjà cette exigence mais il rajoutait que l'événement choisi ne devait pas être impossible sous peine également de nullité de la condition. La condition est ainsi impossible lorsqu'elle suppose un événement qui ne peut se réaliser, l'impossibilité pouvant être physique ou juridique. **L'impossibilité physique** existe dans des cas d'impossibilité absolue<sup>106</sup>, mais encore lorsque la réalisation de la condition suppose des circonstances ou la mise en œuvre de moyens extraordinaires. Attention, si la condition est simplement difficile, la condition ne sera pas impossible. **L'impossibilité est juridique** lorsqu'elle résulte d'un obstacle légal permanent ou temporaire. Cette condition se rapproche néanmoins de la condition illicite. A l'instar de certains droits étrangers, le nouvel article 1304-1 du code civil ne reprend pas cette exigence de la *possibilité* qui **apparaît aujourd'hui comme superflue**.

La **condition illicite (ou immorale)** est celle qui, par application du droit commun, est contraire à l'ordre public, à une norme légale impérative ou aux bonnes mœurs. Elle est l'incitation à commettre un acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

---

<sup>105</sup> Cf. *supra*, à propos du terme incertain, p.30, note 68.

<sup>106</sup> ex, je te paye si tu touches le ciel.

La sanction de la condition illicite est aujourd'hui affirmée clairement, **c'est la nullité de l'obligation peu important** que la condition illicite se réalise ou non. Les incertitudes liées à la portée de la nullité qui avaient pu surgir de la confrontation de deux textes (ancien.art.1172 et art 900 du code civil) sont aujourd'hui dépassées.

### C. Un événement extérieur à la volonté du débiteur (i.e extérieur au pouvoir).

Cette exigence d'extériorité se comprend aisément dans la mesure où si une obligation devait dépendre de la volonté d'une partie, il n'y aurait plus d'incertitude, ni donc de véritable condition.

Cette exigence d'extériorité faisait l'objet dans le code civil, dans son ancienne version, de nombreuses dispositions et notamment d'une classification tripartite qui envisageait selon les hypothèses **trois types** de conditions (anc. art.1169 à 1171) : la condition casuelle<sup>107</sup>, la condition mixte<sup>108</sup> et la condition potestative. L'ordonnance du 10 février 2016 a clarifié, voire simplifié, les dispositions jugées trop subtiles voire complexes pour ne retenir que la prohibition de la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur (cf. art.1304-2). Cette dernière condition correspond, en réalité, à celle qui a toujours fait débat, à savoir la condition potestative (*potestas*=pouvoir)<sup>109</sup>, et plus exactement la condition purement potestative de la part du débiteur telle qu'elle était sanctionnée par l'ancien article 1174 du code civil<sup>110</sup>.

L'interprétation de l'ancien article 1174 du code civil et la compréhension de la **condition potestative** ont donné lieu à de nombreuses spéculations doctrinales au cours du XIX et du XX siècle. Plusieurs interrogations ou problématiques ont ainsi été développées au fil des années. Pour bien comprendre le contenu de la condition envisagée par l'article 1304-2 du code civil, il convient de faire état ici, des résultats des multiples controverses développées au fil des années. **Ils se résument à 4 points :**

a) La condition potestative, suspensive ou résolutoire, au pouvoir du créancier est valable car le débiteur est définitivement engagé, contrairement à ce qui se passe lorsque la condition potestative est accordée au débiteur. C'est le cas quand le débiteur s'engage sous la condition que le créancier fasse, ou ne fasse pas, tel acte<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> C'est la condition « *qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier, ni du débiteur* » (anc. art.1169). C'est le cas lorsque l'obligation dépend d'un événement naturel, mais aussi de la volonté ou du comportement d'un tiers. C'est la condition sur laquelle les parties n'ont aucune prise. Cette condition était toujours valable (ex : Je paierai s'il pleut demain).

<sup>108</sup> C'est la condition « *qui dépend à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers* » (anc. art.1171). Elle combine donc la volonté d'une partie avec un élément extérieur à cette volonté. Certains considèrent que le tiers doit être ici déterminé, mais cette exigence a progressivement disparu. Exemple : je paye si vous vous mariez avec telle personne

<sup>109</sup> C'est la condition qui « *fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est pouvoir de l'une ou de l'autre partie contractantes de faire arriver ou d'empêcher* » (anc. art.1170).

<sup>110</sup> L'article 1174 dispose ainsi que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

<sup>111</sup> Pour des exemples légaux, cf. vente au goûter (art.1587) et vente à l'essai (art.1588).

Un **double fondement** était donné à cette solution :

- **textuel**, car l'ancien article 1174 posant le principe de la nullité des conditions potestatives évoquent « *la condition potestative de la part de celui qui s'engage* ».

- **la nature même de l'obligation** : une dette ne cesse pas d'exister parce que le créancier n'a pas encore l'intention d'en exiger l'exécution. Au contraire, une créance n'a aucun sens lorsqu'aucun débiteur n'est tenu.

Le nouvel article 1304-2 du code civil semble adopter cette approche car il n'envisage que la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur.

**b) La condition potestative pour le débiteur a cristallisé toutes les difficultés.**

Les origines de la controverse sont les suivantes :

- 1) Tout d'abord, la solution de l'ancien article 1174 a été perçue comme **trop systématique**. On s'est interrogé sur le sort qui devait être réservé à des conditions qui, ne dépendant pas exclusivement et discrétionnairement de la volonté du débiteur, ou dépendant de contingences dont le débiteur n'était pas totalement le maître ; ne constituaient pas pour autant des conditions mixtes. Vouloir appliquer la sanction de nullité (anc.art.1174) était, pour le coup, injustifié.
- 2) Cette difficulté étant ensuite accentuée, deuxième origine du malaise, par une **définition très étroite de la condition mixte**. L'interprétation de l'ancien article 1171 conduisait à se référer exclusivement à la volonté d'un tiers déterminé.

**La doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle** a alors inventé une distinction entre les **conditions simplement potestatives** (valables) et les **conditions purement potestatives** (nulles). Les premières se définissant comme des conditions dépendant à la fois de la volonté du débiteur et d'éléments extérieurs à sa volonté, les autres comme des conditions dépendant exclusivement de la volonté du débiteur.

Complicant encore les choses, la doctrine a considéré que cette prohibition ne s'appliquait qu'en présence d'une **condition suspensive purement potestative** et non à la **condition résolutoire potestative**. En effet, cette dernière apparaissait comme une faculté conventionnelle discrétionnaire de résolution du contrat licite<sup>112</sup>. Si, en plus, on considère comme la doctrine du XIX<sup>ème</sup> qu'il convient de distinguer entre les actes gratuits (nullité de toutes les conditions potestatives du donateur) et les actes à titre onéreux (nullité de la seule condition purement potestative du débiteur), la confusion et la difficulté deviennent rapidement redoutables.

**L'analyse moderne est revenue à plus de simplicité**. La condition mixte et la condition simplement potestative sont toutes les deux valables. On a supprimé l'exigence d'un tiers déterminé dans la condition mixte.

---

<sup>112</sup> Pour un exemple de condition résolutoire potestative admise par la loi, cf. art.1659 (vente avec faculté de rachat ou vente à réméré).

De même, la différence qui séparait les conditions potestatives résolutoires et les conditions potestatives suspensives a été supprimée. Tout comme, les différences entre les contrats gratuits et les contrats onéreux.

En réalité, le principe est que **tout contrat est nul lorsqu'il est subordonné au pouvoir exclusif et arbitraire du débiteur, qu'il s'agisse de condition suspensive ou résolutoire.** L'engagement n'est pas alors sérieux. Seules ces conditions méritent d'être qualifiées de **conditions potestatives** (purement potestative pour reprendre l'ancienne dénomination<sup>113</sup>).

Dans cette vision moderne de la potestativité, l'acte, auquel le débiteur subordonne son engagement, sera nul s'il dépend entièrement de lui sans lui imposer de véritable sacrifice ou préjudice<sup>114</sup>. La recherche de potestativité de la part du débiteur conduit donc à s'interroger **si, par l'effet de la condition, le débiteur est en situation de se dégager arbitrairement de tout ou partie de son obligation sans subir de conséquence préjudiciable.** Tel sera le cas si le débiteur a le pouvoir d'en empêcher l'accomplissement alors qu'il n'a pas d'intérêt à sa réalisation<sup>115</sup>.

De même, la condition sera potestative si la condition dépend discrétionnairement du débiteur. En revanche, elle sera non potestative et valable quand le débiteur n'a pas intérêt à sa défaillance<sup>116</sup>, voire surtout quand le comportement du débiteur est susceptible d'un contrôle par le juge<sup>117</sup>. Un des éléments importants de la **distinction entre le potestatif et le non potestatif repose donc sur la possibilité d'un contrôle objectif des circonstances extérieures au débiteur.** Toutes les conditions, dès lors qu'elles dépendent dans une **proportion variable de circonstances extérieures au débiteur et susceptible d'un contrôle**, sont en réalité des conditions mixtes valables.

Avec la réforme et le nouvel article 1304-2 du code civil disposant qu'est « *nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du*

---

<sup>113</sup> Cette qualification n'a plus de réelle incidence, Civ.1ère 18 juin 1974, *Bull.civ.I*, n°198. Elle est encore utilisée par certaines décisions (cf.ci-après).

<sup>114</sup> Cas de la vente qui prévoyait que les 70% du prix ne seront payables par l'acquéreur que si ce dernier revendait le bien acquis (Paris, 15 mars 1974).

<sup>115</sup> Cass.civ.3, **13 oct.1993, n° pourvoi: 91-15424** « *Mais attendu qu'ayant relevé que le bien, objet de la vente, était encore la propriété d'un tiers non partie à l'acte et dont le consentement, pour le transfert de propriété à la société Iepso, n'était assorti d'aucun délai, ni d'aucune prévision dans le temps, ni dans les démarches à entreprendre, ce qui avait pour conséquence de placer la vente dans le seul pouvoir de la société qui pouvait, à son seul gré, décider ou non d'acquiescer, sans être, de surcroît, contrainte par un quelconque délai, la cour d'appel en a exactement déduit que la condition d'acquisition du bien, sous laquelle l'obligation de vente avait été contractée, condition dont la défaillance ne retirait au vendeur aucun des avantages stipulés en sa faveur, était purement potestative et, partant, nulle* »

<sup>116</sup> Hypothèse d'une société tenue de payer une commission si son exploitation est déficitaire : dans ce cas, elle ne se mettra pas volontairement en déficit pour esquiver l'exécution de son obligation...

<sup>117</sup> Cass.Civ. 1, **22 novembre 1989, n°pourvoi: 87-19149** « *Mais attendu, qu'après avoir constaté, d'après les documents produits, que la DAS se déterminait au résultat des vérifications qu'elle effectuait sur la situation financière des clients de l'assuré, la cour d'appel relève que la société Charroy n'avait pas sollicité le contrôle de ces données ; qu'ayant ainsi retenu que l'application de la clause contestée dépendait, non de la seule volonté de la DAS, mais de circonstances objectives, susceptibles d'un contrôle judiciaire, elle a par là-même exclu le caractère purement potestatif de la condition invoquée* »;

**débiteur** », il y a fort à parier que le critère de la potestativité, tel qu'il a été dégagé par le droit positif et qu'il vient d'être rappelé, continuera à s'appliquer.

c) La condition potestative dans le contrat synallagmatique.

Pendant un temps, la jurisprudence et la doctrine ont considéré qu'une condition potestative devait être considérée comme valable dès lors qu'elle était stipulée dans un contrat synallagmatique. La justification résidait dans le fait que chaque partie était à la fois créancière et débitrice. Autrement dit, la condition ne serait pas totalement au pouvoir du débiteur, car chaque partie ne pourrait rétracter son engagement qu'en perdant l'engagement réciproque. L'engagement serait donc sérieux. Depuis un arrêt de 1982, cette solution est condamnée signifiant ainsi que le contrat synallagmatique ne présente aucune particularité à l'égard de la condition potestative<sup>118</sup>. Sur ce point, aucune modification du droit positif ne résulte des nouvelles dispositions issues de la réforme.

d) Les conséquences de la potestativité.

En application de l'ancien article 1174, la condition potestative prohibée n'est pas simplement réputée non écrite, elle est nulle, et rend totalement nulle l'obligation. Le nouvel article 1304-2 reprend clairement la sanction de la nullité de la condition dont la réalisation dépend de la volonté du débiteur, donc de la condition potestative. On considère qu'il s'agit là d'une **nullité relative de protection** que seul le créancier peut invoquer<sup>119</sup>. Le nouvel article 1304-2 du code civil précise d'ailleurs que « *la nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause* ».

Selon la doctrine, la condition immorale serait quant à elle infectée de **nullité absolue** et serait tantôt réputée non écrite, tantôt rendrait nulle toute la convention. La condition illicite serait entachée de nullité relative ou absolue selon la finalité de la règle violée<sup>120</sup>. Les nouvelles dispositions du code civil n'apportent guère de précisions sur ce point. Néanmoins, certains auteurs considèrent que le rapprochement entre les articles 1304-2 et 1162 du code civil devrait naturellement conduire à retenir la nullité absolue<sup>121</sup>.

## 2§ LES EFFETS DES CONDITIONS

---

Il convient ici de présenter les effets en abordant successivement les effets des conditions suspensives (B) et résolutoires (C). Avant cela, quelques traits généraux de l'accomplissement des conditions méritent d'être soulignées (A).

---

<sup>118</sup> Com.23 sept.1982, *Defr.* 1983, art.33027, n°29, p.401, obs.Vermelle.

<sup>119</sup> P.Malaurie, L.Aynès & Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1317.

<sup>120</sup> Dans ce sens, J.Flour, JL Aubert & E.Savaux, *op.cit.*, n°318.

<sup>121</sup> G.Chantepie & M.Latina, *La réforme du droit des obligations, op.cit.*, n°769.

## A. Les traits généraux.

Trois règles peuvent ici être soulignées :

- l'ancien article 1175 souligne que « *toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût* ». C'est à la **volonté des parties** qu'il convient de se référer pour l'interprétation, l'existence ou la preuve de la condition. C'est tout simplement l'application du droit commun des contrats. **Cette règle, jugée évidente, n'a pas été reprise par l'ordonnance.**

- **l'accomplissement de la condition est automatique. Sauf convention contraire des parties, la réalisation de l'événement constitutif de la condition produira ses effets de plein droit et automatiquement. C'est-à-dire qu'aucune mise en demeure n'est exigée.** De même, le juge, s'il est saisi, n'a aucun pouvoir d'en apprécier l'opportunité. Le juge ne pourrait pas consentir des délais<sup>122</sup>. Parce que le jeu de la condition est automatique, on considère que l'acte est irrévocable par la volonté d'une seule des parties.

- **les effets de la condition étaient dominés par la rétroactivité** (anc.art.1179).

Une fois l'événement réalisé, l'obligation, le droit ou l'acte soumis à la condition étaient censés n'avoir jamais existé en présence d'une condition résolutoire, ou au contraire étaient censés avoir toujours existé s'il s'agissait d'une condition suspensive. Mais le mécanisme de la rétroactivité demeurerait controversé. Considérée par certains comme une fiction légale (cf.anc.art.1183 al.1)<sup>123</sup>, par d'autres comme un mécanisme conforme à la réalité (le droit conditionnel préexisterait à l'état latent avant l'arrivée de la condition<sup>124</sup>) ou encore comme la traduction des intentions les plus probables des parties<sup>125</sup>, la rétroactivité demeurerait encore appliquée.

**La réforme modifie désormais l'uniformité du rôle de la rétroactivité.** En effet, en matière de condition suspensive, l'article 1304-6 précise que « *l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive* ». L'obligation naît donc au jour de l'accomplissement de la condition **sans rétroactivité**. L'alinéa 2 du texte précise néanmoins que « *les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat* ». En revanche, l'article 1304-7 maintient les solutions antérieures, et notamment l'application de la rétroactivité pour la condition résolutoire.

## B. Les effets de la condition suspensive.

Les effets sont différents selon que l'on se place à l'époque où la condition est pendante (moment où on ne sait pas si elle se réalisera) (1), où une fois que l'incertitude a cessé, c'est-à-dire après la défaillance ou la réalisation de la condition (2). Des précisions seront utiles sur le sens des termes d'accomplissement ou de défaillance de la condition (3).

---

<sup>122</sup>Civ.3ème, 13 mai 1969, Bull.civ.III, n°337.

<sup>123</sup>Baudry-Lacantinerie, Barde, II, n°809 in fine.

<sup>124</sup>Larombière, Tome II, a, 1179, n°9.

## 1. La condition est pendante (*pendente conditione*)

Tant que la condition ne s'est pas réalisée, la situation peut se résumer en deux propositions complémentaires : le droit du créancier sous condition suspensive n'existe pas (a) mais il a cependant un germe de droit (b).

a) **Le droit du créancier n'est pas encore né** : l'obligation n'existe pas encore. Il est même possible qu'il n'existe jamais. De cette situation découle la règle que le créancier ne peut exiger le paiement, et que si le débiteur paie, il s'agirait alors d'un paiement indu dont il pourrait obtenir la répétition (le débiteur à terme peut agir en répétition, cf. art.1304-5 al.2)). Le créancier ne pourrait agir en résolution pour inexécution

b) **Le droit du créancier existe néanmoins en germe**. Autrement dit, il existe dans l'obligation conditionnelle une « *espérance* » de droit. Le droit existe activement dans le patrimoine du créancier et passivement dans celui du débiteur. C'est ainsi que le créancier peut faire des actes conservatoires (art.1304-5 al.1 c.civ., ex : saisie conservatoire) mais également des actes d'administration. Si le créancier décède avant l'arrivée de la condition, la créance conditionnelle passera dans le patrimoine des héritiers<sup>126</sup>. Le créancier peut céder son droit conditionnel à un acquéreur mais également l'hypothéquer, le nantir (art.2414, c.civ.).

## 2. La disparition de l'incertitude.

**Deux cas de figure** peuvent se présenter, soit la condition se réalise, soit elle défaille :

► **lorsque la condition suspensive se réalise, l'obligation devient désormais pure et simple** (art.1304-6). La réforme **introduit ici une différence importante**. Alors qu'avec l'ancien article 1179, le contrat était considéré rétroactivement comme pleinement efficace depuis sa conclusion ; **l'article 1304-6 al.1 du code civil vient supprimer cet effet rétroactif systématique**. Néanmoins, cette règle n'a qu'un caractère supplétif et il est toujours possible aux parties de stipuler la rétroactivité. On remarquera que dans ce dernier cas, toutefois, la gestion, les risques et les fruits de la chose resteront au vendeur jusqu'à la réalisation de la condition (art.1304-6 al.2). Il s'agit donc du maintien d'une rétroactivité nuancée.

► **Lorsque la condition défaille**, c'est-à-dire lorsque l'on est certain que la condition ne se réalisera pas<sup>127</sup>, **l'obligation conditionnelle est réputée n'avoir jamais existé** (1304-6 al.3). Si des effets se sont produits, ils devront disparaître sauf ceux que les parties ont décidé de maintenir. C'est ainsi que les actes accomplis par le débiteur seront rétroactivement consolidés, et ceux accomplis par le créancier seront rétroactivement anéantis. Les prestations accomplies entre les parties devront être restituées. La doctrine classique expliquait cet effacement par la rétroactivité ; aujourd'hui, les effets de la

---

<sup>125</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1139.

<sup>126</sup> Ancien article 1179 c.civ.

défaillance s'expliquent par la caducité<sup>128</sup>. Le contrat serait rétroactivement caduc<sup>129</sup>. Même si les nouveaux textes n'abordent pas la question du devenir de la caducité, l'ancienne jurisprudence devrait se perpétuer<sup>130</sup>.

A côté de la réalisation et de la défaillance de la condition, il convient de souligner une autre hypothèse celle de la **renonciation unilatérale de la condition**. Le cas est le suivant. Lorsque la condition a été stipulée dans l'intérêt d'une seule partie, celle-ci peut renoncer à la condition, l'obligation sera alors pure et simple.

La **renonciation qui intervient lorsque la condition est pendante, rend l'obligation ferme et définitive**, donc exigible. C'est le contrat original qui se trouve mis en vigueur (sauf rajout de nouvelles stipulations). Cette solution est consacrée par l'article 1304-4 du code civil qui précise qu'une « *partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli*<sup>131</sup> ».

En revanche, la question demeurerait controversée de savoir si celui dans l'intérêt duquel la condition a été stipulée pouvait **renoncer après la défaillance de la condition suspensive**. Certains avaient refusé une telle possibilité en exigeant que la renonciation ait lieu nécessairement avant la défaillance<sup>132</sup>, d'autres avaient admis qu'elle puisse intervenir après la défaillance avec en filigrane la question de savoir si cette renonciation unilatérale suffisait à elle seule à former le contrat ou s'il fallait que l'autre partie accepte. La Cour de cassation avait précisé que la partie, dans l'intérêt de laquelle la condition avait été stipulée, bénéficiait d'une option devant la défaillance de la condition : soit se prévaloir de la caducité du contrat, soit y renoncer et poursuivre le contrat aux conditions initiales<sup>133</sup>. Avec la réforme, la solution est loin d'être évidente. Cette jurisprudence est-elle aujourd'hui condamnée par l'article 1304-4 qui, interprété a contrario, pourrait conduire à ne plus admettre de **renonciation une fois la condition accomplie** ? En réalité, une telle conclusion serait sans doute hâtive. **Ce qu'admet le nouvel article c'est une conception classique et objective de la condition, à savoir le contrat est automatiquement anéanti lorsque défaille la condition suspensive**. Néanmoins, rien n'empêche la partie qui avait intérêt à la condition d'y renoncer après sa défaillance afin de former le contrat si elle obtient l'accord de son cocontractant.

---

<sup>127</sup> Ou que le délai de réalisation est arrivé à expiration, la non réalisation de la condition est certaine.

<sup>128</sup> Civ.3, 13 juillet 1999, Defrénois 1999, art.37079, p.1331, obs D.Mazeaud ; Civ.3, 28 mars 2007, Defrénois 2007, art.38624, n°49, obs. E.Savaux.

<sup>129</sup> On est donc en présence d'une caducité rétroactive. Ce qui n'est sans surprendre et témoigne d'une conception assez large de la caducité qui traditionnellement n'était pas rétroactive et venait sanctionner la disparition d'un élément essentiel au contrat postérieurement à sa formation, sur ce point F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1232, note 4 ; Flour J., Aubert J-L., Flour Y. & Savaux .E, op.cit., n°283.

<sup>130</sup> Evoquant le maintien de la caducité, A.Bénabent, op.cit, 15ème éd., n°339 ; G.Chantepie & M.Latina, op.cit., n°787.

<sup>131</sup> **Les 3 termes en gras ont été rajoutés au texte par la loi de ratification du 20 avril 2018 et ont un caractère interprétatif (entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016).**

<sup>132</sup> Civ.3, 29 mars 2011, n°10-14664

<sup>133</sup> Cass.Civ.3, 31 mars 2005, JCP G 2005, II, 10157, note H.Kenfack.



### 3) Appréciation de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition.

Les anciennes dispositions du code civil étaient plus précises sur ces questions que celles issues de la réforme. Il est néanmoins possible de penser qu'aucune révolution ne marquera véritablement les solutions du droit positif même si quelques évolutions doivent être relevées.

La résolution de ces questions restait marquée par l'influence du droit commun des contrats puisque la détermination de la date de la défaillance ou de la réalisation devait avoir lieu dans le délai prévu par le contrat ou, le cas échéant, par la loi.

Tout d'abord, on se référait alors à la volonté des parties (*anc. art.1175 c.civ.*). Si cette règle ne figure plus dans le code civil, la question de savoir si la condition s'est, ou non, réalisée devrait continuer à s'interpréter au regard de l'intention des parties

Ensuite, on se référait également à des règles expressément prévues par la loi (*anc. art.1176 & suiv.*). L'ancien article 1176 dispose ainsi que lorsque l'obligation a été contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe et déterminé (*condition positive*), la condition est défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. En revanche, s'il n'y a pas de délai fixe et déterminé, **la condition peut toujours s'accomplir et ne sera défaillie que lorsqu'il sera certain que la réalisation de l'événement n'arrivera pas**<sup>134</sup>. Cette solution était appréciée rigoureusement par la Cour de Cassation. Elle présentait un inconvénient majeur pour le débiteur car la condition pouvait rester indéfiniment *pendante* paralysant alors les ressources de ce dernier qui, ne sachant s'il serait tenu un jour de les exécuter, devait les garder disponibles durant une très longue période. En réalité, cette solution pourrait évoluer dans la mesure où il semble possible aujourd'hui d'appliquer par analogie l'article 1305-1 al.2 et permettre au juge de déterminer l'échéance d'un terme tacite en « *considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties* »<sup>135</sup>.

Enfin, traduction du devoir de loyauté existant dans le contrat, l'ancien article 1178 considérait que si le débiteur a, par son propre fait, empêché l'accomplissement de la condition, il a commis **une faute** en corrigeant le hasard. Dans ce cas, la « **condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement** ». Cette règle complétait parfaitement l'interdiction des conditions potestatives. Elle imposait dans tous les cas une diligence active au débiteur lorsque la

---

<sup>134</sup>Civ1ère, 4 juin 1991 RTDCiv.1991.737 obs. J.Mestre ; Def.1992, art.35212.322, obs.J.-L. Aubert (même sans terme déterminé, l'obligation ne devient pas pour autant perpétuelle) ; Civ.3, 19 déc.2001, D.2002, 1586, obs.H.Kenfack.

<sup>135</sup> L'anc.art.1177 prévoit le cas où la condition est contractée sous la condition que l'événement n'arrivera pas (*condition négative*). Ici, la condition est accomplie quand le délai fixé est expiré sans qu'il se soit réalisé ou quand, avant la fin du délai, il est certain que l'événement n'arrivera pas. Cette solution devrait également perdurer.

réalisation de la condition dépend d'une démarche préalable<sup>136</sup>. De même, elle supposait la démonstration par le débiteur que la condition n'aurait pas pu se réaliser même s'il avait accompli cette démarche<sup>137</sup>. L'ancien article 1178 pouvait s'appliquer au créancier fautif<sup>138</sup> mais ne s'appliquait pas si la défaillance provenait d'un tiers<sup>139</sup>. Le nouvel article 1304-3 reprend cette solution et la généralise en considérant que « *la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement* ».

De manière symétrique, l'alinéa 2 de ce texte précise que « *la condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* ». Examinons désormais les effets de cette dernière condition.

### C. Les effets de la condition résolutoire.

Un tel contrat est en réalité un contrat pur et simple. Seule sa disparition est conditionnelle. On a pu dire que la condition résolutoire établissait une situation inverse de celle qui résulte de la condition suspensive. Deux périodes doivent également être distinguées.

#### 1. La condition est pendante.

L'obligation affectée d'une condition résolutoire naît immédiatement et produit tous ses effets comme s'il était pur et simple.

#### 2. La disparition de l'incertitude.

**La réalisation de la condition** résolutoire efface rétroactivement l'obligation contractée qui est censée n'avoir jamais existé (*art.1304-7 c.civ.*). Concrètement, les actes du créancier (ou de l'acheteur) sont rétroactivement anéantis. Autrement dit en cas de vente, le bien vendu revient dans le patrimoine du vendeur libre de toute charge. L'article 1304-7 al.1 atténue quelque peu les effets de la rétroactivité puisque les actes conservatoires et les actes d'administration effectués par celui dont le droit est résolu sont maintenus.

Corrélativement, si le vendeur a, *pendente conditione*, réalisé des actes de même nature, ils seront rétroactivement anéantis en cas de réalisation de la condition résolutoire (réserve faite des mécanismes protecteurs). Les sommes perçues par le vendeur doivent être restituées.

La réforme de 2016, et l'article 1304-7 al.2, apporte néanmoins deux atténuations à la rétroactivité :

---

<sup>136</sup> Sur les difficultés à déterminer le type de diligences, voire le nombre de diligences, cf. Civ.3, 8 Déc. 1999, RTDCiv. 2000, p.328.

<sup>137</sup>Civ.3 18 mars 1998 CCC1998.85 obs. L.Leveneur. Le permis de construire n'a pas été demandé, il appartenait au débiteur de démontrer qu'une demande de permis, si elle avait été faite, eût été rejetée.

<sup>138</sup>Req.1 mai 1889, DP.1890, 1, 470.

<sup>139</sup>Civ.3.20 mars 1996, RTDCiv1984.713, obs J.Mestre.

- la rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties (par une clause spéciale accompagnant la condition résolutoire),
- ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat (cas d'un contrat sous condition résolutoire qui a été exécuté jusqu'à la survenance de la condition).

En cas de **défaillance de la condition**, la situation est consolidée de manière définitive. Généralement, l'acte conditionnel a produit ses effets et les choses restent en l'état.

## CHAPITRE 2 : LES MODALITES AFFECTANT L'OBJET ET LES SUJETS DES OBLIGATIONS : LES OBLIGATIONS PLURALES

---

Habituellement, l'obligation est composée d'un objet déterminé, d'un sujet actif et d'un sujet passif. Pourtant, il est possible que la même obligation comporte **plusieurs objets** (SECTION 1) ou **plusieurs sujets** (SECTION 2). L'obligation est dite **plurale**. On envisagera successivement les deux hypothèses.

### *SECTION 1 : LA PLURALITE D'OBJETS.*

---

Dans certains cas, la pluralité d'objets n'est qu'apparente. Ainsi en présence d'une clause pénale, il est impossible de dire que l'obligation a deux objets puisque la peine n'est qu'un moyen de fixer les dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle dont l'objet est unique.

En réalité, la pluralité d'objets exige un débiteur tenu de deux ou plusieurs prestations ou d'une prestation ayant plusieurs objets. Lorsque l'on évoque les obligations à pluralité d'objets, trois types d'obligations apparaissent. Il s'agit tout d'abord de l'obligation cumulative (1§), et ensuite l'obligation alternative et l'obligation facultative (2§). Ces deux dernières obligations seront envisagées ensemble, dans la mesure où elles se regroupaient avant la réforme, dans la catégorie des obligations disjonctives, expression doctrinale, non reprise par l'Ordonnance.

#### 1§ L'OBLIGATION CUMULATIVE.

---

Dans les obligations à pluralité d'objets, l'obligation cumulative, appelée aussi par le passé obligation conjonctive, **représente la norme**.

Selon l'article 1306 du code civil, « *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* ».

Le débiteur est donc tenu **cumulativement** de deux ou plusieurs prestations au profit du même créancier.

- Par exemple, le débiteur s'engage à fournir son travail et des marchandises. Un testateur s'engage à fournir un immeuble et une somme d'argent. Le donataire assume la charge de loger et nourrir le donateur.

Cette obligation ne soulève pas de difficultés particulières. Le débiteur ne sera libéré que s'il accomplit en faveur du créancier toutes les prestations promises.

## 2§ L'OBLIGATION ALTERNATIVE ET L'OBLIGATION FACULTATIVE.

---

Avant la réforme, la catégorie des obligations disjonctives regroupait les obligations pour lesquelles la prestation ou l'objet peut donner lieu à une option. Il y a une pluralité de prestations mais, cette fois-ci, elles ne sont pas toutes dues au créancier. Il faut toutefois distinguer les **obligations alternatives** et les **obligations facultatives** (A) avant d'envisager les intérêts de la distinction (B).

### A. La distinction des obligations alternatives et facultatives<sup>140</sup>.

Le nouvel 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 comporte donc deux ou plusieurs objets, mais le débiteur ne devra, pour se libérer, exécuter qu'un seul d'entre eux<sup>141</sup>. Dans ce cas, on considère que plusieurs prestations sont *in obligatione* (autrement dit, comprise dans l'objet de l'obligation) mais qu'une seule est *in solutione* (autrement dit, due en paiement). **Les obligations alternatives sont régies par les art.1307 à 1307-5 du code civil (anc.1189 à 1196 c.civ.)**

Par exemple :

- le débiteur devra soit la livraison de marchandise, soit la remise d'une somme d'argent.
- L'obligation du transporteur d'acheminer des marchandises par air ou par route<sup>142</sup>
- Un prix peut être fixé en Euros ou en telle devise étrangère, c'est l'hypothèse de l'option de change.

---

<sup>140</sup>Elle ne fait pas partie des obligations conditionnelles, car son existence est certaine, seule la prestation à exécuter reste momentanément indéterminée.

<sup>141</sup>MJ.Gebler, *Les obligations alternatives*, RTDCiv.1969.p.1.

<sup>142</sup> Cass.Com. 7 déc.2004, D.2005, 2392, obs.L.Leveneur

- Des obligations alternatives légales existent : c'est le cas aussi de l'option ouverte au créancier entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire (art.1644 c.civ.).

Le débiteur est donc libéré par l'exécution de l'une des prestations faisant l'objet de l'alternative (art.1307). En principe, le choix entre les différentes prestations constitue un droit d'option qui **appartient discrétionnairement au débiteur. Il peut toutefois être accordé au créancier en vertu d'une stipulation expresse** (art.1307-1, anc.art.1190) ou tacite<sup>143</sup>.

Quel que soit le titulaire de l'option, **son exercice est irrévocable**<sup>144</sup>. Cette solution ressort de l'article 1307-1 al.3 qui précise que l'obligation perd alors son caractère alternatif.

En outre, la jurisprudence considérait que si le titulaire de l'option se refusait à exercer l'option, faisant obstacle à l'exécution de l'obligation, le juge ne pouvait en aucun cas se substituer aux parties pour exercer en son nom une option appartenant à l'une des parties, ni autoriser l'autre contractant à l'opérer à la place de la partie défaillante<sup>145</sup>. Dans ce cas précis, il ne restait plus au contractant, victime du refus de l'autre, qu'à agir en résolution du contrat et à lui demander des dommages-intérêts. La **réforme modifie légèrement ce point** en considérant à l'article 1307 al.2 que *si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat*. La résolution ne semble donc plus la seule possibilité d'action.

Si l'obligation alternative reste assez rare<sup>146</sup>, l'obligation facultative est plus fréquente en pratique. **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**. C'est donc le cas lorsque le débiteur doit une prestation mais a la faculté de se libérer en en effectuant une autre.

Cette obligation n'était pas prévue par le Code civil jusqu'à la réforme, elle n'était qu'une extrapolation de la précédente. **Elle est désormais régie par l'article 1308 du code civil**. Dans l'obligation facultative, il n'y a qu'une seule prestation *in obligatione*, mais également *in solutione*. Autrement dit, il y a une prestation, dans l'objet de l'obligation, mais le débiteur peut payer en fournissant une prestation accessoire, laquelle intervient donc seulement lors du paiement (*in facultate solutionis*).

Bien évidemment, **l'option n'appartient, cette fois-ci, qu'au seul débiteur**. En effet, le créancier ne peut opter en faveur d'une prestation qui, n'étant pas incluse dans l'objet de l'obligation, ne lui est pas due. L'action du créancier contre le débiteur ne pourrait donc porter que sur la prestation *in obligatione*<sup>147</sup>.

<sup>143</sup>Req.17 juill.1929.DP.1929.I.143, rapp. Bricout (à propos d'emprunts internationaux avec option de change)

<sup>144</sup>Civ.1ère 3 juin 1966Bull.civ.I, n°329, RTDCiv.1967.384.obsJ.Chevallier.

<sup>145</sup>Civ.1ère. 4 juill.1968.Bullciv.III, n°325.

<sup>146</sup> Assez rare en matière civile mais plus fréquente en matière commerciale (ex, prêt remboursable soit en numéraire soit par la cession de l'immeuble dont il a financé l'acquisition par l'emprunteur).

<sup>147</sup>Douai, 21 mars 1891, DP.1892.II.549.

**A titre de comparaison :** dans l'obligation alternative, les différentes prestations sont comprises dans l'objet de l'obligation ; alors que dans l'obligation facultative, les deux prestations ne sont pas sur le même plan. La mise en œuvre pratique de la distinction des deux n'est guère évidente. Plusieurs illustrations peuvent en être données.

- En matière de lésion, la vente lésionnaire est en principe rescindable (i.e annulable). Toutefois, le débiteur du prix, donc l'acheteur, peut éviter la rescision en versant le supplément du juste prix (art.1681 c.civ.). L'option ouverte à l'acheteur révèle-t-elle une obligation alternative ou facultative ? La jurisprudence hésite entre les deux qualifications. La cour de cassation semble favorable à l'obligation facultative puisqu'elle a qualifié la révision du prix de simple faculté laissée à l'acheteur afin d'éviter la rescision<sup>148</sup>. L'obligation principale semble donc être la restitution de l'immeuble. Mais dans un arrêt la restitution de l'immeuble étant impossible, la cour a jugé que l'acheteur n'en était pas moins tenu de verser le complément du juste prix, ce qui va dans le sens de la qualification d'obligation alternative<sup>149</sup>.
- D'autres cas posent également des difficultés : en présence du partage lésionnaire (art.889 c.civ.) ; choix entre exécution en nature ou en valeur de l'obligation alimentaire (art.211, c.civ.), choix des héritiers réservataires entre l'exécution de la disposition testamentaire d'une libéralité en usufruit ou l'abandon de la succession (art.917 c.civ.).
- En revanche, l'article 2463 du code civil offrirait une autre hypothèse d'obligation facultative.

On ressent dans ces difficultés de qualifications les intérêts de la distinction.

## B. Les intérêts de la distinction.

La différence essentielle entre les deux types d'obligations est la suivante : dans l'obligation alternative, les deux objets sont dus, mais le paiement d'un seul libérera le débiteur. Dans l'obligation facultative, un seul objet est dû mais l'exécution de l'autre, qui est une simple facilité de paiement, exonère le débiteur<sup>150</sup>.

Cette différence entraîne **certaines conséquences** :

- avant la réforme, il était affirmé que si l'exécution de l'une des prestations faisant l'objet de l'obligation alternative devenait impossible en **cas de force majeure**, l'autre restait due<sup>151</sup>. Cette règle a été précisée par les nouvelles dispositions. Ainsi, dans l'hypothèse où l'impossibilité **survient avant le choix du débiteur**, ce dernier devra, selon l'article 1307-3

<sup>148</sup>Com.20 nov 1963, Bull.civ.III, n°492

<sup>149</sup>Civ.1 17 juin 1963, JCP.1963.II.13313, note RL.

<sup>150</sup> Alors que dans l'obligation conjonctive tous les objets de l'obligation sont dus et doivent être payés.

<sup>151</sup> Les anciens articles 1193 & 1194 réglaient de manière précise les **conséquences d'une impossibilité d'exécution imputable à la faute du débiteur**. Ces articles distinguent selon que cette faute a rendu impossible l'exécution de l'une ou des deux prestations faisant l'objet de l'obligation alternative : 1) **Si la faute a rendu impossible l'exécution de l'une des prestations faisant l'objet de l'obligation**: Dans ce cas, si l'option appartient au débiteur, celui-ci ne peut offrir la valeur de la prestation dont l'exécution est devenue impossible et demeure donc tenue de l'autre (anc.art.1193 al.1). Si l'option appartient au créancier, celui-ci peut réclamer soit la prestation restante, soit la valeur de l'autre (anc.art.1194 al.2). 2) **Si la faute a rendu impossible l'exécution des deux prestations faisant l'objet de l'obligation** : si l'option appartient au débiteur, il devra payer la valeur de la prestation qui est devenue impossible à exécuter la dernière en date (anc.art.1193 al.2). Si l'option appartient au créancier, il pourra exiger à son choix la valeur de l'une ou de l'autre des prestations (anc.art.1194 al.3).

exécuter l'autre prestation. De même, si elle intervient **avant le choix du créancier**, il devra alors, selon l'article 1307-4, se contenter de l'exécution de l'autre prestation. En définitive, le débiteur n'est donc libéré que si la force majeure rend impossible l'exécution des deux prestations (*art.1307-5, anc. art.1195, c.civ.*). En revanche, l'article 1307-2 précise que si l'impossibilité affecte **la prestation une fois choisie**, le débiteur est libéré. Dans l'obligation facultative, l'impossibilité d'exécuter la prestation *in obligatione* en présence d'un cas de force majeure, libère le débiteur.

- l'option ne s'exerce pas de la même façon dans les deux types d'obligations. Dans les obligations alternatives, c'est l'option qui détermine l'objet qui sera dû, c'est-à-dire la prestation que le créancier pourra exiger. Si l'option appartient au débiteur, il **peut donc l'effectuer avant d'exécuter** l'obligation et indépendamment de cette exécution. L'exercice de l'option précède également l'exécution quand le choix incombe au créancier. Dans les obligations facultatives, le débiteur **exerce l'option en exécutant la prestation accessoire**. En effet, si la prestation accessoire n'est pas accomplie, l'obligation facultative n'est pas payée. Autrement dit, la prestation principale, qui en fait l'objet unique, demeure nécessairement exigible.

- une conséquence apparaît également sur la détermination de la nature mobilière ou immobilière de l'obligation. Dans l'obligation alternative, il faut tenir compte de la prestation qui a été choisie pour l'exécution. Dans l'obligation facultative, au contraire, on s'attachera à la nature de la prestation due, la considération de la prestation lors du paiement (*in facultate solutionis*) est indifférente.

- quand le créancier d'une obligation alternative agit en justice, il doit **demandeur les deux choses dues** afin de laisser le choix au débiteur (sauf si l'option lui appartient). Au contraire, face à une obligation facultative, le créancier **ne pourra demander que ce qui lui est dû** et c'est à cela que le débiteur sera condamné. Après la condamnation, le débiteur pourra néanmoins invoquer la faculté qui lui appartient de se libérer autrement.

## SECTION II : LA PLURALITE DE SUJETS

Une obligation peut comporter plusieurs sujets, soit actifs, soit passifs. Normalement, l'obligation se divise entre les cocréanciers et les codébiteurs, chacun n'étant créancier ou débiteur que d'une fraction de l'obligation : on parle alors **d'obligation conjointe** (1§). Mais dans d'autres cas, cette division ne se produit pas. Cela peut être le résultat de la volonté des parties ou d'une décision de la loi : il s'agit alors de **l'obligation solidaire** où chacun est alors créancier ou débiteur de la totalité de l'obligation (2§). Enfin, la division de l'obligation peut être rendu impossible, il s'agit alors de **l'obligation à prestation indivisible** (3§).

**NB** : Contrairement aux autres années, la question de l'*obligation in solidum* ne sera pas abordée dans le présent cours à ce stade de nos développements. Création jurisprudentielle, cette obligation a été créée en matière de responsabilité civile et a progressivement adopté la quasi-totalité des caractères de l'obligation solidaire. Elle apparaît aujourd'hui comme *une obligation au total comportant plusieurs débiteurs dont chacun*

*doit payer le tout, sauf à exercer un recours contre les autres.* Cette obligation *in solidum* fonctionne à quelques petites différences près comme l'obligation solidaire. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile propose de la supprimer pour la remplacer par une solidarité pure et simple<sup>152</sup>.

## 1§ L'OBLIGATION CONJOINTE<sup>153</sup>.

---

Cette obligation est désormais évoquée par l'article 1309 du code civil même si elle n'est pas expressément nommée.

**L'obligation conjointe se présente comme celle qui comporte plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs et qui se divise entre eux.** C'est le sens de l'article 1309 al.1 qui dispose que *l'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux*. Cette division s'opère de plein droit du moins dès lors qu'il n'y a ni solidarité, ni indivisibilité (art.1309 al.3).

En d'autres termes, chaque créancier n'a le droit de réclamer qu'une part dans la créance et chaque débiteur n'est tenu de payer qu'une part de la dette (art.1309 al.2).

En l'absence de stipulation contractuelle, de disposition légale, de décision judiciaire contraire ou d'indivisibilité résultant de la nature des choses, **l'obligation conjointe constitue la norme et elle s'appliquera de plein droit**. Même si elle constitue le droit commun des obligations plurales (car la solidarité ne se présume pas), **elle est assez rare et ne se rencontre guère dès l'origine de la dette**. La situation la plus fréquente résulte du décès du créancier ou du débiteur qui laisserait plusieurs héritiers. Dans ces cas, la créance ou la dette se divisera entre eux (*art.1309 al.1 et anc.art.1220, c.civ.*). Autrement dit, s'il s'agit de créance, les cohéritiers seront ainsi des créanciers conjoints et, s'il s'agit de dette conjointe, les débiteurs seront conjoints. Cette solution s'applique si plusieurs créanciers ou débiteurs sont dans les liens contractuels. Les parts dans la créance ou dans la dette seront égales, sauf clause contractuelle (ou règle légale) contraire (art.1309). Toutefois, pour les héritiers, ils ne seront créanciers ou débiteurs qu'en proportion de leurs droits successoraux, ce qui dans certains cas, peut signifier des parts inégales.

**S'agissant du régime juridique des obligations conjointes**, la division de l'obligation entraîne la naissance de plusieurs obligations dont chacune a une existence autonome.

C'est ainsi que chaque créancier conjoint ne peut réclamer au débiteur que sa part dans la créance. De même, et corrélativement, chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour sa part et portion dans la dette qui est, en principe, sa part virile<sup>154</sup>, autrement dit une division par parts égales (art.1309 al.1). Dans ce dernier cas, le créancier supportera le risque

---

<sup>152</sup> Cf. article 1265 du projet de réforme de la responsabilité civile publié le 29 avril 2016.

<sup>153</sup> La notion **d'obligation conjointe** n'est pas dépourvue d'ambiguïté puisqu'elle n'exprime pas l'idée de division. Certains auteurs préfèrent évoquer la notion « **d'obligation disjointes** » (J.Carbonnier, *Les Obligations*, n°344). Mais il existe un risque de confusion avec les obligations disjonctives. L'expression est d'ailleurs mal employée dans la vie courante car nombreux sont les actes qui stipulent que les débiteurs s'engagent « conjointement et solidairement ». Ces deux termes sont juridiquement antinomiques.

<sup>154</sup> Civ.1ère 13 déc.1988, Bull.civ.I, n°362 ; Civ 1ère 19 mars 1996, Bull.civ.I, n°146.



d'insolvabilité de tel ou tel des codébiteurs. Ensuite, la mise en demeure faite par le créancier à l'un des codébiteurs conjoints ou par l'un des créanciers conjoints au débiteur est sans effet à l'égard des autres. L'interruption de la prescription ne profite qu'au créancier conjoint qui l'a réalisée et ne nuit qu'au seul codébiteur qui en a été l'objet. Enfin, si l'obligation est nulle ou éteinte à l'égard d'un débiteur conjoint, l'obligation des autres subsiste, sauf si la cause d'extinction est inhérente à la dette.

## 2§ LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

---

La solidarité est une modalité des obligations à plusieurs sujets qui s'appliquent soit aux créanciers (**solidarité active**), soit aux débiteurs (**solidarité passive**). Dans ces deux cas, la solidarité a pour finalité d'empêcher le fractionnement de l'obligation entre ses sujets actifs ou passifs, même si cette obligation peut être divisible par son objet. On présentera successivement les deux types de solidarité.

### A. La solidarité entre créanciers (ou solidarité active)<sup>155</sup>.

La solidarité entre créanciers *permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance et le paiement fait à l'un d'eux (qui en doit compte aux autres) libère le débiteur à l'égard de tous (art.1311)*. En réalité, le débiteur a, pour la même obligation, plusieurs créanciers dont chacun a un droit sur le tout. Chacun peut exiger le paiement de toute la créance.

Cette solidarité active **ne se présume pas**, elle doit être, au terme de l'art.1310, expressément stipulée au contrat<sup>156</sup>. Cette exigence se justifie par le fait que cette situation déroge à la norme que constitue le principe de division de l'obligation (*art.1309, c.civ.*). De plus, cette solidarité a l'inconvénient de mettre un cocréancier à la merci de la mauvaise foi ou de l'insolvabilité de celui qui aura été le bénéficiaire de l'exécution intégrale (même s'il dispose toujours d'un recours contre lui).

Pour cette raison, **la solidarité entre créanciers est relativement rare**. Il n'existe pas, contrairement à la solidarité passive, de cas de solidarité active d'origine légale. En outre, la présomption coutumière de solidarité qui joue en matière de solidarité passive, paraît exclue en matière de solidarité active<sup>157</sup>. La Cour de cassation a récemment et clairement rappelé cette solution<sup>158</sup>. Pour autant, il existe des applications de cette solidarité activité, la plus

---

<sup>155</sup> Anc.articles 1197 à 1199 c.civ.

<sup>156</sup> Pour une illustration, cf Civ1ère, 27 avril 2004, JCP E 2004, 1293, obs.L.Leveneur

<sup>157</sup> Paris, 25 avril 1997, *Juris-data* n°020733.

<sup>158</sup> La Cour de cassation a considéré que la solidarité activité ne se présume pas entre commerçants comme d'ailleurs en matière civile, Cass.Com. 26 Septembre 2018, n°16-28133, JCP 2019 G I 749, §5, obs.M. Billiau.

vivante se trouvant sans doute aujourd'hui dans la pratique du compte bancaire joint. Elle permet alors à chaque titulaire du compte de disposer de la totalité du solde<sup>159</sup>.

A l'instar de la solidarité entre débiteurs (dite passive), la solidarité active emporte des effets principaux et des effets secondaires.

**Au titre des effets principaux** qui découlent de la non-division de la créance, deux règles peuvent être relevées :

- chaque créancier solidaire peut demander au débiteur le paiement de la totalité de la créance, et réciproquement, le paiement fait par le débiteur à l'un des créanciers le libère à l'égard de tous (*art.1311, c.civ.*)

- le débiteur peut choisir le créancier solidaire auprès de qui il va effectuer son paiement, du moins tant qu'il n'a pas été poursuivi par l'un d'entre eux (*art.1311 al.2, c.civ.*)

**Au titre des effets secondaires**, qui reposent sur une idée de représentation mutuelle des créanciers solidaires<sup>160</sup>, plusieurs règles doivent être relevées :

- l'interruption de la prescription faite par l'un des créanciers profite aux autres (*art.1312 c.civ.*) comme d'ailleurs la mise en demeure ou la demande d'intérêts moratoires.

- la chose jugée au bénéfice de l'un des créanciers profite aux autres<sup>161</sup>.

- En revanche, si l'un des créanciers accorde une **remise de dette** au débiteur, ou accepte une **transaction** ou une **dation en paiement**, il **ne lie pas les autres créanciers**. La remise de dette n'a d'effet que pour la part devant revenir au créancier qui la consent. De même si, sur poursuite d'un créancier solidaire, le débiteur auquel le **serment décisoire** a été déféré jure ne rien devoir, ce serment peut le libérer à l'égard du créancier poursuivant mais non à l'égard des autres (*art.1385-4 al.2*).

**L'explication** était, avant la réforme, à rechercher dans la représentation mutuelle car elle ne s'étend pas aux actes ou aux événements qui modifient la créance qui la font disparaître sans paiement effectif<sup>162</sup>. L'explication devrait perdurer avec ses incertitudes<sup>163</sup>.

-Enfin, il faut savoir que la solidarité active épuise ses effets dans les rapports des créanciers avec le débiteur. **Entre les créanciers solidaires, la créance se divise**. Ils ont

---

<sup>159</sup> Cass.Civ.1<sup>ère</sup> 16 juin 1992, Bull.civ.I, n°179, *D.*1993, *somm.*216, obs P.Delebecque ; RTDCiv.1993.356. obs J.Mestre

<sup>160</sup>L'idée étant que la solidarité active implique que les créanciers aient un intérêt commun dans la créance. Ils sont donc réputés se représenter les uns les autres lorsqu'il s'agit du recouvrement et de la conservation de la créance.

<sup>161</sup>Une controverse existe, en revanche, sur le cas inverse de l'opposabilité aux créanciers de la chose jugée **contre** un d'entre eux. Faute de solution jurisprudentielle, les avis sont partagés. Certains considèrent que le jugement défavorable au créancier en cause n'aurait pas d'effet à l'égard des autres (Aubry & Rau, 6<sup>ème</sup> éd., T.IV, §289bis, note 10 ; Planiol, Ripert, Radouant & Gabolde, 2<sup>e</sup> éd., T.VII, n°1063). D'autres prônent la solution contraire en considérant que, dès l'instant où le créancier est censé exercer sa poursuite au nom de tous, le jugement à intervenir doit avoir effet contre tous, qu'il soit favorable ou défavorable (Marcadé, cf.art.1198 ; Beudant, 2<sup>e</sup> éd., T.VIII, par Lagarde, n°815).

<sup>162</sup>J.François, op.cit., n°191.

<sup>163</sup> Cf.infra, solidarité passive

généralement un recours contre celui qui a reçu le paiement pour la restitution de leur part. Sauf stipulation contraire, la répartition s'effectue par parts égales.

## B. La solidarité entre les débiteurs (ou solidarité passive)<sup>164</sup>

Selon l'art.1313, la solidarité entre les débiteurs « *oblige chacun d'eux à toute la dette (...) le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier* ».

### Deux traits marquent la solidarité passive :

- la dette ne se divisant pas entre les codébiteurs, **chacun est tenu pour le tout** envers le créancier,
- le codébiteur qui a payé le tout, dispose d'un **recours contre les autres afin de leur réclamer leur part contributive**.

L'**avantage** de la solidarité passive est donc perceptible. Elle constitue une forme de garantie de paiement fort efficace car le créancier, pouvant réclamer la totalité de la dette, à l'un ou à l'autre des codébiteurs, ne supporte pas le risque d'insolvabilité de l'un d'eux. Ce risque est transféré sur la tête des autres codébiteurs.

Après le rappel des sources de la solidarité passive (1), nous aborderons les effets (2) puis la fin de la solidarité (3).

### 1. Les sources de la solidarité passive.

L'article 1310 est particulièrement explicite : « *la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas*. L'ancien article 1202 rajoutait que la solidarité ne se présument pas, elle devait être expressément stipulée. Le fait qu'elle ne soit pas présumée, en matière civile, se comprend parfaitement bien. En effet, la solidarité augmente les obligations du débiteur qui pourra être amené à payer la part des autres dans la dette. Il est donc légitime qu'elle doive faire l'objet d'une clause ou d'une disposition légale expresse. La solidarité résulte donc tantôt de la convention (a), tantôt de la loi (b).

#### a) la solidarité résulte de la convention, de la volonté des parties.

Cette solidarité, appelée conventionnelle, résulte d'une clause d'un acte juridique. Dans la plupart des cas, il s'agira d'un contrat. Mais elle peut également résulter d'un testament ou d'une donation qui imposerait des obligations aux légataires ou donataires.

La solidarité ne se présume pas en droit civil. En droit commercial, ce principe est écarté sur le fondement de la coutume<sup>165</sup>. On considère alors que la solidarité se présume et

---

<sup>164</sup> Anc.articles 1200 à 1216 c.civ

<sup>165</sup>Req.20 octobre 1920, DP.1920.I.161, note PM.

qu'une stipulation expresse est nécessaire pour l'écarter. Cette règle s'applique tant aux obligations contractuelles qu'aux dettes extracontractuelles<sup>166</sup>.

Si la solidarité doit faire l'objet d'une stipulation expresse en droit civil, il ne s'agit pas pour autant d'une stipulation qui serait soumise à des formules sacramentelles<sup>167</sup>. Les termes de *solidarité* ou de *solidaire* ne sont pas impérativement exigés<sup>168</sup> dès lors que l'intention des parties résulte clairement de l'acte. Des expressions comme « *chacun pour le tout* » ou « *un seul pour le tout* » suffisent<sup>169</sup>. Si un doute subsiste sur la volonté des parties, il doit profiter aux débiteurs puisque la solidarité ne se présume pas. Autrement dit, la solidarité doit être prouvée par ce lui qui s'en prévaut, généralement le créancier. La preuve se fait selon le droit commun.

#### b) la solidarité résulte de la loi.

C'est la solidarité prévue par la loi, elle s'impose alors de plein droit aux codébiteurs. Les cas sont nombreux. Ils sont habituellement regroupés en 3 catégories selon 3 fondements :

► cas de solidarité reposant sur une idée de **communauté d'intérêts entre les débiteurs**. Citons par exemple, la solidarité entre :

- coemprunteurs de la même chose en vertu d'un prêt à usage (art.1887),
- comandants ayant constitué mandataire pour une affaire commune (art.2002),
- entre cohéritiers pour le paiement des droits de mutation (art.1709 CGI),
- entre époux pour paiement de l'IR et la taxe d'habit. (si vie sous le même toit) (art.1685CGI).
- - cf.aussi art.220, 515-4 (PACS), 1033 c.civ.

► cas de solidarité reposant sur une idée de **participation commune des codébiteurs à une même responsabilité (sanction)**. Citons par exemple, la solidarité entre :

- parents pour les dommages causés par les enfants mineurs vivant avec eux (1384.al.4).
- producteur d'un produit fini et producteur d'une partie composante en cas de dommage causé par le défaut du produit incorporé dans le produit fini (art.1386-8),
- vendeur d'un fonds de commerce et intermédiaires et rédacteurs pour les inexactitudes des informations devant obligatoirement figurer dans l'acte de vente (L.29 juin 1935, art.13, L.141-3 c.com. ).
- fondateurs d'une société pour le préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ou par une irrégularité dans la constitution (art.1840 al.1).

► cas de solidarité reposant sur une idée de **renforcement du crédit mêlée parfois à d'autres considérations**. Citons par exemple, la solidarité entre :

---

<sup>166</sup>Pour une dette quasi-contractuelle, Req.5 nov.1935, S.1936.I.3.

<sup>167</sup>Sauf en mat. de cautionnements des opérations de crédit à la consommation et de crédit immobilier, L.313-7 C.Cons, (pour la qualité de caution solidaire), art.L.313-8 (pour la clause de solidarité).

<sup>168</sup>Civ.1, 3 déc.1974, Bull.civ.I, n°322.

<sup>169</sup>Req.4 août 1896, DP 1896, 1, 456. (expressions aujourd'hui démodées).

- les signataires d'une lettre de change (art.151 c.com), d'un billet à ordre (art.185 c.com),
- les signataires d'un chèque (Déc.L 30 oct1935),
- le loueur du fonds et le locataire -gérant pour les dettes contractées par celui-ci lors de l'exploitation du fonds jusqu'à la publication du contrat de location gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication (L20 mars 1956, art.8, L.144-7 c.com.),
- entre associés d'une SNC (L221-1 c.com.) et les associés commandités pour les dettes sociales (art.L.222-1, c.com.)
- cf. aussi en mat.de société en formation art.1843 c.civ. (et art.5.al.2 L.1966).

## 2 . Les effets de la solidarité passive.

Ils doivent être envisagés à deux points de vue. Soit, on envisage les relations du créancier avec les débiteurs, c'est ce que l'on appelle l'obligation à la dette des codébiteurs (a). Soit on envisage, les relations réciproques des codébiteurs, et on se place alors dans le cadre de la contribution à la dette (b).

### a) Les rapports du créancier avec les codébiteurs (obligation à la dette).

C'est ici que la solidarité produit des effets principaux d'une part ( $\alpha$ ) ; et des effets secondaires ( $\beta$ )<sup>170</sup>.

#### $\alpha$ ) Les effets principaux.

Ils se caractérisent par une **double idée**. Tous les codébiteurs doivent tous la même chose, **la dette qui existe est unique** (i). Mais chaque codébiteur est, vis-à-vis du créancier, dans un lien d'obligation personnel. Il y a donc une **pluralité de liens obligatoires** (ii). Ces deux idées expliquent le **régime des exceptions** ou moyens de défense que les codébiteurs peuvent opposer au créancier poursuivant (iii).

#### i) l'unicité de la dette.

C'est l'élément caractéristique de l'obligation solidaire passive<sup>171</sup>.

Plusieurs conséquences en découlent :

- le créancier est en droit de réclamer le paiement du tout à l'un quelconque des codébiteurs (*art.1313, c.civ.*),
- réciproquement, le paiement effectué par l'un des codébiteurs libère les autres.
- le créancier choisit librement le débiteur à qui il compte demander le paiement (*art.1313 al.2, c.civ.*) et il n'est pas tenu de mettre en cause ou d'avertir les autres<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> Même si cette distinction reste discutée en doctrine, elle permet néanmoins d'expliquer assez clairement les effets de la solidarité.

<sup>171</sup>Req.31 juillet 1928, DH 1928.461.

<sup>172</sup>Com 18 mars 1980 Bull.civ.IV, n°129 ; Civ.3è 12 mai 1993, Bull.civ.III, n°65.

- le débiteur actionné ne peut invoquer ni bénéfice de division (contraindre le créancier à diviser les recours), ni bénéfice de discussion (obliger le créancier à saisir les biens d'un autre débiteur).

- il peut seulement appeler les codébiteurs en garantie et demander au juge un délai dilatoire pour cela (*art.109, Cod.proc.civ.*).

## **ii) la pluralité de liens obligatoires.**

L'idée est que si la dette est unique, chaque codébiteur est cependant dans les liens d'une obligation distincte de celle des autres qui peut avoir une existence propre, des caractères particuliers et un sort spécifique.

Deux conséquences doivent être notées:

- le créancier dispose d'autant d'actions qu'il y a de débiteurs (*art.1313 al.2, c.civ.*) Il peut poursuivre simultanément ou successivement deux ou plusieurs codébiteurs au besoin devant des juridictions différentes. Bien évidemment, le créancier ne pourra pas obtenir, *in fine*, plus que son dû. Il devra pour cela déduire tout paiement partiel obtenu d'un codébiteur lors de poursuites ultérieures.

- les obligations des codébiteurs peuvent être assorties de modalités différentes (*anc.art.1201, c.civ.*) et l'obligation d'un codébiteur pourra être conditionnelle alors que celle d'un autre pourra être pure et simple.

## **iii) le régime des exceptions<sup>173</sup>.**

Pour définir le régime des exceptions, il convient de prendre en considération les idées **d'unité de la dette et de pluralité de liens obligatoires**. Deux grandes catégories d'exceptions pouvaient ainsi être dégagées à la lecture de l'ancien article 1208 même si trois formes d'exceptions étaient évoquées par le texte<sup>174</sup>. Cette distinction bipartite peut être maintenue aujourd'hui :

1°) les **exceptions communes à la dette** : il s'agit des exceptions qui détruisent la dette à l'égard de tous les codébiteurs et qui peuvent être invoqués par tous (*art.1315 c.civ.*). Elles sont également qualifiées **d'exceptions inhérentes** à tous les codébiteurs<sup>175</sup>.

Sont ainsi communes à la dette les **exceptions de nullité** qui tiennent à sa cause, à son objet ou à la forme par lequel les codébiteurs se sont engagés. De même, répondent à cette définition, les causes d'extinction de la dette solidaire qui entraînent la disparition de son objet : le paiement effectué par l'un des codébiteurs<sup>176</sup>, la dation en paiement, la prescription extinctive, la perte fortuite de la chose. Il en va de même en cas de novation par

---

<sup>173</sup> Il convient d'entendre par **exceptions**, les moyens de défense opposables par les codébiteurs.

<sup>174</sup> Celles découlant de la nature de l'obligation, celles qui sont personnelles et les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs.

<sup>175</sup> Anc. Art. 1208 c.civ.

<sup>176</sup> cf. Anc.art.1200, c.civ.

changement de débiteur<sup>177</sup>, ou encore de **remise de la totalité de la dette** (i.e extinction totale de la dette) convenue avec un débiteur<sup>178</sup>.

2°) les **exceptions personnelles** : ces moyens de défense personnels n'ont pas tous le même effet. L'ancien article 1208 conduisait à en distinguer **deux formes**. Même si cette distinction n'est pas expressément reprise puisque le nouvel article 1315 ne retient qu'une catégorie uniforme, celles des exceptions personnelles, la distinction ancienne paraît conserver une certaine pertinence :

- les *exceptions purement personnelles*<sup>179</sup> : elles n'affectent que le lien d'obligation particulier qui unit l'un des codébiteurs solidaires au créancier, elles ne peuvent être soulevées par les autres codébiteurs<sup>180</sup>. L'article 1315 ne cite que le cas du terme mais les hypothèses restent plus nombreuses. C'est le cas aussi des **exceptions tirées d'une condition** dont il bénéficie personnellement. Il s'agit aussi des **causes de nullité résultant de l'incapacité** ou du **vice du consentement d'un codébiteur**. La Cour de cassation a récemment considéré, sous l'empire du droit antérieur à 2016, que l'exception de garantie tirée de l'existence d'une garantie d'assurance-décès souscrite par un co-emprunteur solidaire constituait également une exception purement personnelle au souscripteur du contrat d'assurance. Elle ne pouvait donc être opposée au prêteur par le codébiteur poursuivi<sup>181</sup>.

- les *exceptions simplement personnelles (ou mixtes)* : cette catégorie était visée par l'ancien article 1208.al.1 c.civ.<sup>182</sup>. Cette forme d'exception **a un régime hybride** puisqu'elle affecte un lien d'obligation particulier unissant un codébiteur au créancier, le libérant ainsi ; mais **elle a indirectement pour effet de réduire partiellement le montant de l'engagement des autres**, de la part qui incombait à ce débiteur<sup>183</sup>. L'article 1315 *in fine* dispose aujourd'hui que « *lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divisée de celui-ci (...), il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette* ». Ce texte cite

---

<sup>177</sup> anc. art.1281 al.1, c.civ. Le nouvel article 1335 reprend cette règle très clairement.

<sup>178</sup> C'est le cas quand le créancier n'a pas expressément réservé ses droits contre les autres, cf. Anc. art.1285 al.1, Marty & Raynaud, op.cit., n°114, p.102.

<sup>179</sup> Anc.art.1208.al.2, c.civ.

<sup>180</sup> C'est comme si l'un des liens était paralysé par un moyen de défense alors même que les autres conserveraient leur pleine efficacité. Ici, il y a un débiteur de moins mais le montant de la dette n'est pas diminué, les autres débiteurs peuvent être poursuivis pour le tout, cf. dans ce sens, Flour J., Aubert J-L., Flour Y. & Savaux E., op.cit., n°319.

<sup>181</sup> Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 5 Juin 2019, n°17-27066, JCP 2019 G I 749, §7, obs.G. Loiseau.

<sup>182</sup> Visées au texte sous la qualification *d'exceptions personnelles opposables au créancier par le codébiteur poursuivi*.

<sup>183</sup> Cette libération partielle est simple à comprendre car la remise de dette ne doit pas faire peser une charge plus lourde sur les autres codébiteurs. S'ils restaient tenus du tout, ils conserveraient leurs recours contre le débiteur remis de sa dette. Ainsi donc, pour que la remise de dette ait un sens, il faut qu'elle puisse être invoquée par tous les codébiteurs pour la part de celui qui en a bénéficié (art.1285.al.1).

les cas de la remise de dette et de la compensation. Ces deux cas appellent quelques remarques même s'ils ne doivent pas être considérés comme exhaustifs<sup>184</sup>.

La remise de dette vise le cas d'une remise de dette partielle consentie personnellement à l'un des codébiteurs<sup>185</sup> mais où le créancier réserve expressément ses droits contre les autres. Le créancier ne pourra donc recourir contre les autres que déduction faite de la part divise du codébiteur libéré par la remise (cf. aussi art.1350-1)

- **exemple** : A B C sont codébiteurs solidaires de X pour 900 €.

Si X libère A tout en réservant ses droits contre B et C. Ces derniers ne seront plus tenus qu'à hauteur de 600 € (en supposant que la répartition se fait par parts égales).

La **compensation** semble aujourd'hui suivre le même régime, ce qui est une nouveauté. En effet, avant la réforme, la compensation posait une difficulté particulière et présentait une qualification originale (*anc.art.1294.al.3 c.civ.*). Cette ancienne disposition refusait au codébiteur solidaire d'invoquer la compensation qui ne pouvait être invoquée que par celui qu'elle concernait. En réalité, il convenait de distinguer. Quand elle était invoquée par le débiteur poursuivi, elle équivalait à un paiement et libérait les autres codébiteurs à due proportion (art.1315 *in fine* et 1347-6 al.2). Elle constituait alors une **exception commune** à la dette. Mais tant que le codébiteur ne l'avait pas invoquée, les autres codébiteurs ne pouvaient s'en prévaloir (*anc. art.1294.al.3*). Elle constituait alors une **exception purement personnelle**<sup>186</sup>. Des auteurs utilisent pour les qualifier le **terme d'exception personnelle à effet commun**.

- **exemple** : A et B sont codébiteurs solidaires de X pour 500 €.

A est créancier de X pour la somme de 500 €. X se retourne alors contre B. Ce dernier ne pourra invoquer la compensation entre A et X (exception purement personnelle), et il devra payer sans attendre que A l'invoque.

Depuis la réforme de 2016, la solution semble différente **puisque les codébiteurs solidaires peuvent désormais invoquer la compensation concernant un autre codébiteur avec le créancier**<sup>187</sup>. Ce faisant, **ils ne sont pas libérés pour le tout, mais uniquement à hauteur de la part divise du codébiteur directement concerné**<sup>188</sup>. En revanche, si le débiteur solidaire concerné par la compensation l'invoque pour lui-même, la solution ancienne devrait

---

<sup>184</sup> On citera par exemple le cas de la **confusion** qui s'opérerait sur la tête d'un codébiteur solidaire qui viendrait, par exemple, à hériter du créancier. Les autres codébiteurs vont être libérés à concurrence de la part qui incombait au débiteur dont la dette a été éteinte par confusion (*anc.art.1301.al.2, aujourd'hui 1349-1 al.1*).

<sup>185</sup> L'ancien art.1285 al.2 évoquait l'idée de remise partielle et personnelle, cf. Marty & Raynaud, op.cit., n°115, p.104.

<sup>186</sup> Malaurie P., Aynes L. & Stoffel-Munck P., op.cit., n°1363.

<sup>187</sup> La compensation fonctionnerait donc comme une exception inhérente à la dette (même en cas de dettes connexes).

<sup>188</sup> Dans ce sens, O.Deshayes, Th.Genicon & YM Laithier, op.cit., article 1315, p.621.



perdurer. La règle posée par l'article 1315 al.2 est reprise par l'article 1347-6. Cette nouvelle solution et son rapprochement avec la remise de dette restent critiqués<sup>189</sup>.

Le cas de la **cession de dette** intervenant dans le cadre de la solidarité passive n'est pas sans soulever également certaines interrogations notamment quand on le rapproche d'autres mécanismes de transmission de dettes<sup>190</sup>.

### **β. Les effets secondaires.**

Il s'agit des effets attachés par la loi et la jurisprudence à la solidarité mais qui ne découlent pas naturellement de sa définition. Même si l'ordonnance du 10 février 2016 n'aborde pas expressément ses effets secondaires, ils ne devraient pas disparaître. Ces effets sont de nature à profiter tantôt au créancier, tantôt aux codébiteurs. Avant d'en préciser l'étendue (ii), nous en donnerons les fondements (i).

#### **i) les fondements des effets secondaires.**

**La doctrine classique** explique les effets secondaires dans la solidarité par une représentation mutuelle des codébiteurs solidaires. L'acte fait contre l'un aurait effet contre les autres ; et l'acte fait par l'un engagerait les autres car il serait censé avoir été fait au nom de tous les autres. L'idée est donc que les coobligés solidaires se sont donnés mutuellement mandat d'agir les uns au nom des autres dans leurs relations avec le créancier, sous réserve que l'obligation des uns ne puisse pas être augmentée du fait des autres.

**La représentation produirait des effets pour la conservation et la perpétuation des droits mais non pour l'augmentation** : idée de Dumoulin (XVI) reprise par Pothier (XVIII) selon laquelle le mandat existe « *ad conservandam vel perpetuandam, non ad augendam* ». Ce principe a été repris par la jurisprudence au siècle dernier<sup>191</sup>. Dans un arrêt de 1891, la Cour limite expressément l'étendue de cette représentation en précisant « *que le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux* ».

Cette **explication est aujourd'hui critiquée** car artificielle. Deux raisons :

- l'idée qu'il y aurait une communauté d'intérêt entre les codébiteurs est un artifice dans les cas de solidarité légale où la justification se trouve dans une finalité répressive.

- elle a une portée limitée puisque la représentation est écartée le plus souvent quand elle nuit aux intéressés. Elle est en sens unique ce qui est critiquable pour une représentation qui se dit mutuelle.

---

<sup>189</sup> Sur ce point, O.Deshayes, Th.Genicon & YM Laithier, op.cit., article 1347-6, p.777-778.

<sup>190</sup> Cf. infra, Titre 2, Chap.2, Section 2, la question de la cession de dette.

<sup>191</sup> Civ.1er déc.1885, DP 1886.I.251, S.1886.I.55 (chaque codébiteur est le contradicteur légitime du créancier, et le représentant nécessaire de ses coobligés) ; Civ.16 décembre 1891, DP 1892.177, note E.Cohendy.

**La doctrine moderne** préconise une autre explication plus pragmatique. Les effets secondaires s'analysent **comme des mesures de simplification de l'action du créancier**. Elles lui évitent d'avoir à procéder à autant de formalités qu'il y a de débiteurs, et ceux-ci doivent, en contrepartie, profiter des initiatives favorables réalisés par l'un d'entre eux<sup>192</sup>. Même si des arrêts récents n'utilisent plus systématiquement la référence à la représentation mutuelle lorsqu'ils statuent sur des effets secondaires<sup>193</sup>, la théorie classique demeure.

## **ii) l'étendue des effets secondaires.**

Le code civil a attaché à la solidarité passive certains effets qui ont été par la suite complétés par la jurisprudence. C'est ainsi que le **code civil prévoit** :

- la mise en demeure adressée à l'un des codébiteurs solidaires produit effet à l'encontre des autres. Elle fait courir les effets moratoires (*art.1314, et anc.art.1207, c.civ.*),
- l'interruption de la prescription contre l'un, résultant notamment des poursuites engagées contre lui ou de la reconnaissance de dette, interrompt la prescription contre tous (- 2245, *c.civ.*).
- le serment décisoire déféré à l'un profite aux autres (*art. 1385-4 al.4, c.civ., et anc. art.1365 al.4, c.civ.*)<sup>194</sup>.

Depuis la **jurisprudence a admis des effets secondaires en dehors du code civil**. Voici quelques illustrations :

- **la transaction** : la transaction entre le créancier et l'un des codébiteurs, dès lors qu'elle est de nature à profiter aux autres, peut être invoquée par l'un des codébiteurs<sup>195</sup>.
- les **notifications** faites à l'un des codébiteurs solidaires ont effets à l'égard des autres et ne sont pas toujours favorables aux codébiteurs. En matière fiscale, l'administration peut notifier un redressement à l'un quelconque des débiteurs solidaires de la dette fiscale (effet défavorable)<sup>196</sup>. Pour une solution inverse en matière de procédure civile : la notification d'un jugement rendu par défaut, faite dans les délais à un autre codébiteur solidaire, n'a pas effet à l'égard des autres codébiteurs<sup>197</sup>.
- **l'autorité de chose jugée** : depuis la XIX, la jurisprudence considère que le jugement prononcé à l'égard de l'un des codébiteurs est opposable aux autres<sup>198</sup>. En raison du danger qu'elle représente pour les codébiteurs (*négligence, maladresse ou fraude de l'un d'entre*

---

<sup>192</sup>Malaurie P., Aynes L. & Stoffel-Munck P., *op.cit.*, n°1367.

<sup>193</sup>Com.14 nov.1984, Civ.1ère 5 juin 1985 et Com.6 mars 1985, RTDCiv.1986.597, obs. J. Mestre.

<sup>194</sup>Si le serment a été déféré à tous les codébiteurs et n'a été prêté que par l'un d'entre eux, les autres ayant refusé, l'art.1365 al.4 ne s'applique pas, J.Francois, *op.cit.*, n°211.

<sup>195</sup>Civ.1 27 octobre 1969 Bull.civ.I, n°314, RTDCiv.1970.169, obs Y.Loussouarn.

<sup>196</sup>Com 21 janv.1997 Bull.civ.IV, n°21 ; Com 6 mars 1985 Bull.civ.IV, n°88.

<sup>197</sup>Civ.2 janv.1997 Bull.civ.II, n°30 ; JCP 1997.I.4015 M.Billiau ; RTDCiv.1997.511, obs.R.Perrot.

<sup>198</sup>Com. 1 déc.1885, *precit.* ; Civ., 28 déc.1881, DP.1882.I.377.

eux), cette solution est appliquée avec des correctifs. La jurisprudence a dégagé trois correctifs :

- les codébiteurs peuvent former tierce-opposition contre le jugement rendu en leur absence s'ils peuvent faire valoir une exception qui leur est personnelle<sup>199</sup>,
- en cas de collusion frauduleuse entre le créancier et le codébiteur présent<sup>200</sup>,
- quand le jugement rendu a pour effet de créer à leur charge une obligation nouvelle<sup>201</sup>.

- **les voies de recours** : par exemple, si l'un des codébiteurs a exercé une voie de recours dans le délai utile, les autres peuvent s'y joindre même après l'expiration de ce délai (art.552 CPC).

b) Les rapports des codébiteurs entre eux (contribution à la dette).

L'article 1317 du code civil énonce que « *entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part* »<sup>202</sup>. Autrement dit, la solidarité ne produit d'effets qu'en faveur du créancier puisqu'elle est pour lui une « garantie » de paiement (angle de l'obligation à la dette).

La solidarité est instituée **dans l'intérêt exclusif du créancier** ! Elle n'a plus de raison d'être dans les rapports entre les codébiteurs, c'est-à-dire au stade de la contribution à la dette. C'est ainsi que l'article 1317 al.2 dispose que « *celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part* ». Il a donc un recours. Reste à savoir pour combien (mode de répartition) ? et pourquoi (le fondement du recours) ?

**S'agissant du mode de détermination des parts contributives**, le principe est que la répartition du poids définitif de la dette se fait par **parts viriles, c'est-à-dire par parts égales**.

Cette règle connaît néanmoins des **atténuations** :

- la **convention des parties** peut répartir différemment le poids de la dette. Cette volonté de répartition inégale peut être tacite et résulter de l'intérêt inégal que les codébiteurs ont dans la dette<sup>203</sup>.

- le **juge peut moduler différemment** la contribution à la dette selon le degré de gravité des fautes commises par les codébiteurs quand ils sont tenus solidairement d'une même responsabilité<sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup>Com 4 oct.1983, Bull.civ.IV, n°245 ; JCP 1985.II.20374 n.crit.D.Veaux ; Com. 1 déc.1885, précit. Retenant une solution plus large, qui admet qu'une caution solidaire, non partie à une instance arbitrale, puisse former tierce opposition à l'égard de cette décision déterminant la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, Com. 5 mai 2015, Gaz.Pal. 2015, n° 2015, n°162, p.4, Mignot.

<sup>200</sup>Com. 1 déc.1885, précit ; Civ., 28 déc.1881, précit ; Com. 1 juin 1999 Bull.civ.Iv, n°115, RTDCiv.1999.882, obs. P. Crocq (solution qui ressort des motifs).

<sup>201</sup>Civ.11 février 1947, JCP 1948.II.4127, note JL.

<sup>202</sup>Anc.article 1213 cciv.

<sup>203</sup>Com. 7 fév.1983 Bull.civ.IV, n°52, RTDCiv.1984.716, obs J.Mestre. (*contra* pour le cautionnement Com.28 juin 1994, Bull.civ.IV, n°236, Defr.1994.p.1165, obs L.Aynès).

- un des **codébiteurs peut être déchargé de toute obligation** de contribuer à la dette. C'est le cas de l'art.1318 (anc. Art. 1216). C'est le cas où la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires. Ce dernier est alors seul tenu de la dette à l'égard des autres. <sup>-205</sup>. Cette hypothèse a pour but, par exemple, de donner au créancier une garantie de paiement d'une dette qui n'intéresse qu'un seul des codébiteurs<sup>206</sup>. Ici, le codébiteur non intéressé à la dette aura, s'il paye, un recours pour le tout contre l'autre ; a contrario, le codébiteur, seul intéressé par la dette n'aura, s'il paye, aucun recours contre l'autre (art.1318). C'est à celui qui soutient que la répartition doit s'opérer inégalement de prouver l'existence du contrat y procédant ou de démontrer que les codébiteurs avaient des intérêts différents dans la dette<sup>207</sup>.

- la **répartition par parts égales se trouve modifiée par l'insolvabilité d'un des codébiteurs** (art. 1317 al.3 c.civ., anc.art.1214.al.2). La perte résultant de cette insolvabilité doit se répartir entre tous les codébiteurs solvables. Cette répartition se fait, en principe, par parts égales, mais rien n'empêche de l'opérer en proportion de l'intérêt de chacun dans la dette si ces intérêts sont inégaux<sup>208</sup>.

- **Exemple** : Voici une dette solidaire de 3000 qui pèsent sur trois codébiteurs A B C. La part de chacun est de 1000. A qui paye la totalité va pouvoir se retourner contre les deux autres codébiteurs pour 1000 chacun. Mais si C est insolvable, sa part de 1000 se répartira entre A et B. Autrement dit A aura un recours contre B de 1500.

Pour conclure sur ces situations, on soulignera également le cas du **recours en contribution exercé après le paiement partiel** d'une dette solidaire pour lequel on constate que la répartition n'est pas parfaitement égalitaire (donc risquée ?). Dans cette hypothèse, la Cour de cassation vient de préciser que le codébiteur solidaire qui a payé au-delà de sa part ne dispose d'un recours contre ses coobligés que pour les sommes qui excèdent sa propre part<sup>209</sup>.

- **Exemple** : Voici une dette solidaire dont il reste 20 000 à payer et qui pèse sur 2 codébiteurs. Le codébiteur poursuivi paye 15 000 (paiement partiel). Il se retourne ensuite contre l'autre codébiteur pour la moitié, **soit 7500**. Refus de ce recours par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 10 octobre 2019. Il peut seulement recourir pour la différence entre ce qu'il a payé (15 000) et la part théorique de

---

<sup>204</sup>Civ.1, 21 février 1956 JCP.1956.II.9200, note H.Blin.

<sup>205</sup>Cas par exemple, où l'un des codébiteurs est le seul bénéficiaire de l'emprunt contracté solidairement. Attention quand l'engagement solidaire porte sur une dette future, les intérêts de chacun sont susceptibles d'évoluer. Aussi un codébiteur qui était intéressé à la dette à l'origine de l'opération, peut au moment du paiement ne plus l'être. Il devra, s'il le prouve être déchargé de toute obligation de contribution, Civ.1 6 mars 1996, Bull.civ.I, n°116 (sol.implicit, compte joint contracté avant divorce, après femme condamné car ne prouve pas que les dettes ont été contractées dans le seul intérêt du mari). Solution contraire et regrettable en matière de bail d'habitation des époux, Civ.3.24.06.1998, Bull.civ.III, n°129, D.1999.somm.115, obs.Libchaber

<sup>206</sup>DR.Martin, *L'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, RTDCiv.1994.49.

<sup>207</sup>Civ.1 6 mars 1996, Bull.civ.I, n°116.

<sup>208</sup>Civ.1. 18 mars 1987, Bull.civ.n°58 (la fixation de la participation de chacun est remise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond).

<sup>209</sup>Cass.Civ., 1, 10 Oct.2019, n18-20429, RTDCiv.2019, 869, obs. H.Barbier,

chacun dans la dette soit 10 000 (20000/2), soit au final **5000** qu'il pourra demander à l'autre codébiteur !

**S'agissant du fondement du recours contributoire du codébiteur *solvens***, ce recours existe dès lors que le *solvens* a payé plus que sa part. Bien évidemment, s'il doit supporter l'intégralité du poids de la dette (*en raison d'une convention ou de son intérêt exclusif à la dette*), il n'aura aucun recours.

Ce recours entre codébiteurs intervient logiquement et chronologiquement postérieurement à l'action du créancier contre l'un d'eux, même si, par le biais de l'appel en garantie, il peut être inclus dans la même procédure<sup>210</sup>.

En tous les cas, selon l'article 1317 al.2 (anc. Art.1214.al.1), le recours du *solvens* se divise, ce qui se justifie par la volonté du législateur d'éviter une série de recours successifs qui serait source de lenteurs et de frais. **Ce recours peut s'exercer de deux manières :**

- soit par une **action personnelle** qui reposerait sur un mandat, tacite ou exprès<sup>211</sup>, ou sur une gestion d'affaires<sup>212</sup>. C'est l'idée que le *solvens* a payé, au nom et pour le compte des autres, la totalité de la dette, ce qui constitue un acte utile de gestion de l'affaire des autres. L'intérêt de cette analyse est de permettre au *solvens* de réclamer les intérêts des sommes versés au créancier à compter du jour du paiement (*arg.art.2001 c.civ.*). Il s'agit ici d'un recours purement chirographaire.

- soit une **action fondée sur la subrogation** dont le codébiteur *solvens* bénéficie de plein droit à raison de son paiement (*art.1346, et anc.art.1251-3°, c.civ.*). Il peut ainsi agir contre les autres codébiteurs sur le fondement des droits qui appartenaient au créancier désintéressé (notamment les sûretés). Cette subrogation n'est toutefois pas complète car le *solvens* ne peut invoquer la garantie que procure la solidarité passive. Il doit diviser ses recours.

### 3. La fin de la solidarité<sup>213</sup>.

La solidarité cesse **avec l'extinction intégrale de l'obligation solidaire** consécutivement à son paiement. Hormis cette situation naturelle, deux hypothèses d'inégale valeur doivent être envisagées.

---

<sup>210</sup> Contrairement au recours contributoire, l'appel en garantie n'est pas subordonné au paiement de la dette commune (Civ.1. 6 oct.1998, Bull.civ.I, n°267). De plus, on considère que les juges n'ont pas à régler la question de la contribution s'ils n'en sont pas saisis (Civ.3ème.17 oct.1972, Bull.civ.III, n°529).

<sup>211</sup> En cas de solidarité conventionnelle.

<sup>212</sup> En cas de solidarité légale.

<sup>213</sup> Sur la question différente des clauses d'exclusion de la solidarité et leur validité, Cass.Civ.3, 19 Mars 2020, n°18-25585, JCP, E, 2020, 1273, n°6, obs. R.Loir.

a) Le décès d'un codébiteur.

Il est souvent affirmé que la solidarité prend fin par le décès du codébiteur solidaire dans la mesure où entre ses successeurs la dette se divise de plein droit (cf. anc. art.1220 c.civ.).

En réalité, la solidarité subsiste. Toutefois, la Cour de cassation a d'ailleurs admis que la solidarité ne cessait pas au décès, même à l'égard des héritiers, mais que ses effets étaient modifiés pour lesdits héritiers du *de cuius*. Ces derniers ne sont tenus que dans la proportion de leurs parts héréditaires<sup>214</sup>.

Pour éviter ce fractionnement de la dette entre les héritiers d'un codébiteur, les contrats stipulent souvent une clause d'indivisibilité en plus de la clause de solidarité passive.

b) La remise de solidarité.

C'est le cas lorsque le créancier renonce à la solidarité, mais non à sa créance<sup>215</sup>. Comme toute renonciation, **la remise de solidarité ne se présume pas**. Elle peut être expresse ou tacite pourvu que la volonté soit certaine et non équivoque. Lorsqu'elle est générale, **la dette subsiste mais elle devient conjointe**. La remise peut être faite seulement au profit de certains ou d'un seul codébiteur.

Avant la réforme de 2016, le code civil posait plusieurs des **règles d'interprétation de la volonté du créancier** notamment à l'ancien article 1211. Les nouvelles dispositions consacrées à la remise de solidarité sont plus rares.

Tout d'abord, l'article 1316 prévoit que « *le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé* ». Autrement dit, en présence d'une remise de solidarité à plusieurs ou à un codébiteur, le créancier ne pourra poursuivre le bénéficiaire de la remise pour un montant supérieur à sa part dans la dette. Mais il conservera son action solidaire contre les autres codébiteurs, déduction faite de la part du ou des bénéficiaires de la remise de solidarité (cf. déjà en ce sens art.1210, c.civ.).

- **exemple** : A B C, codébiteurs solidaires pour 1800.

Remise de solidarité faite à A. Ce dernier ne peut donc être poursuivi que pour 600. B et C, resteront quant à eux tenus solidairement pour 1200 seulement.

---

<sup>214</sup>Civ.1 10 mai 1988, Bull.civ.I, n°140, JCP.1989.éd.N., II, p.10 note P.Salvage ; RTDCiv.1989.77 obs. J.Mestre. cf.de même Civ.14 déc.1920.DP.1924.I.127, Civ.14 déc.1897.DP1901.I.108.

<sup>215</sup> Pour une illustration, Nancy, 23 fév.2004, Rev. Dr. Famille, 2005, 47.

Ensuite, l'article 1317 al.3 rappelle<sup>216</sup> dispose que si un codébiteur resté solidaire devient insolvable, sa part devra être répartie entre tous les autres, y compris celui ou ceux qui ont été déchargés de la solidarité.

- exemple : A B C, codébiteurs solidaires pour 1800.

Remise de solidarité faite à A. Ce dernier ne peut donc être poursuivi que pour 600. Mais B est insolvable. C devra payer les 1200 mais il pourra alors se retourner contre A pour exiger de lui sa contribution dans la part de l'insolvable, i.e 300 (600/2).

### 3§ L'OBLIGATION A PRESTATION INDIVISIBLE.

---

L'indivisibilité de l'obligation est une **situation hybride**. C'est sans doute la raison pour laquelle l'indivisibilité jouit d'une réputation d'obscurité depuis l'ancien droit. Cette complexité fût mise en avant par Dumoulin.

On constate ainsi que ce caractère, qu'est l'indivisibilité, se rapporte à l'objet, et il ne devrait pas se situer dans cette section II<sup>217</sup>. Si l'objet est indivisible, l'obligation doit être exécutée dans sa totalité. D'ailleurs lorsqu'il y a un débiteur et un créancier, le débiteur doit exécuter comme si l'obligation était indivisible<sup>218</sup>. En réalité, l'obligation indivisible ne révèle sa spécificité qu'en présence d'une pluralité de sujets. En cas de pluralité de créanciers ou débiteurs, l'indivisibilité fait obstacle à la division de plein droit qui est la règle des obligations conjointes.

La réforme a souhaité clarifié la matière. Elle a réduit sensiblement le nombre de dispositions consacrées à l'obligation à prestation indivisible, un seul (art.1320 c.civ.) contre 9 articles précédemment (anc. art. 1217 à 1225).

Afin de présenter cette obligation, on précisera les sources de l'indivisibilité (A) avant d'aborder ses effets (B).

#### A. Les sources de l'indivisibilité.

Aux termes de l'article 1320, l'indivisibilité de la prestation peut résulter tantôt de la nature, tantôt du contrat.

##### 1. L'indivisibilité naturelle (ou objective).

L'indivisibilité est naturelle lorsqu'elle **résulte de la nature même de l'objet de l'obligation**. Les anciens textes du code civil (anc. art.1217 et 1218) conduisaient à distinguer deux formes d'indivisibilité naturelle :

---

<sup>216</sup> cf déjà anc. article 1215 cciv.

<sup>217</sup> *contra*, J.François, op.cit., n°238.

<sup>218</sup> Cf. les anciens articles 1220 al.1 et 1244 du code civil.

■ **l'indivisibilité naturelle absolue (ou nécessaire)**<sup>219</sup> car elle tient à la nature même de l'objet dû qui rend **l'exécution partielle inconcevable**. Correspond à cette définition de l'obligation indivisible la plupart des obligations de faire et presque toutes les obligations de ne pas faire.

Ainsi au titre des **obligations de faire**, on pourrait citer le cas de l'obligation de livrer un animal vivant ou une chose insusceptible de fractionnement. Elle est nécessairement indivisible car l'exécution partielle est inconcevable. C'est aussi le cas de l'obligation du bailleur dans un contrat de louage de choses<sup>220</sup>, ou l'obligation de démolir un ouvrage irrégulièrement édifié<sup>221</sup>.

De même, pour les **obligations de ne pas faire**. Elle est nécessairement indivisible car leur violation résulte d'un fait quelconque contraire à l'abstention requise. L'abstention est ou n'est pas, elle ne peut pas être partielle. Aussi, si plusieurs personnes s'engagent à ne pas en concurrencer une autre, elles sont nécessairement tenues chacune de la totalité de l'obligation.

En revanche, pour les **obligations de donner**, la situation est plus complexe et plus variée. L'obligation sera divisible si la chose qui en fait l'objet peut être divisée matériellement. Tout d'abord, l'obligation de somme d'argent, pour laquelle rien n'empêche un paiement fractionné, sera toujours fractionnée. L'obligation monétaire est par nature divisible<sup>222</sup>. Par ailleurs, le droit de propriété pouvant être divisé, chacun des copropriétaires pourrait transmettre isolément sa part de propriété et chaque acquéreur pourrait recevoir isolément sa part de propriété. Ici, l'exécution est susceptible de division matérielle. En revanche, si le droit transféré est indivisible, comme une servitude, l'obligation qui porterait sur ce droit serait indivisible. C'est également le cas de l'obligation portant sur une hypothèque<sup>223</sup>.

■ **l'indivisibilité naturelle relative**<sup>224</sup>. Plus clairement, l'objet de l'obligation envisagé *in abstracto* n'est pas absolument indivisible, mais **il le devient à raison du but que les parties ont assigné à l'obligation**<sup>225</sup>. On parle ici **d'indivisibilité juridique** (ou intellectuelle)<sup>226</sup> et

---

<sup>219</sup>Selon l'article 1217 du code civil, c'est le cas lorsque l'obligation a « *pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, .... n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle* ».

<sup>220</sup>Civ.3.30 avril 1969, Bull.civ.III, n°346 ; Civ.3. 19 oct.1983, Bull.civ.III, n°191. L'indivisibilité empêche le bailleur de ne renouveler le bail que pour une partie des biens loués.

<sup>221</sup>Crim.23 nov.1994, Bull.crim., n°375.

<sup>222</sup> Sur le rappel de cette règle, Civ.3<sup>ème</sup>, 30 octobre 2013, RTDCiv. 2014, p.137, PY.Gautier. Cette décision considère qu'il est impossible de déduire de l'indivisibilité d'une obligation de faire (le droit de jouissance du locataire dans un bail) le caractère indivisible de l'obligation de somme d'argent interdépendante (l'obligation de payer le loyer).

<sup>223</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1267 ; Marty & Raynaud, op.cit., n°96.

<sup>224</sup> L'ancien article 1218 citait la « *chose ou le fait qui est l'objet de l'obligation est divisible par sa nature* », mais qui sera indivisible « *si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle* »

<sup>225</sup> Plutôt qu'une distinction entre l'indivisibilité naturelle absolue et l'indivisibilité naturelle relative, des auteurs préfèrent distinguer l'indivisibilité matérielle, rationnelle et intellectuelle, P. Delebecque & F. Pansier, op.cit., n°208

<sup>226</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1267.



non matérielle, d'autres y voient une forme particulière d'indivisibilité conventionnelle<sup>227</sup>. On pourrait citer l'exemple célèbre de Pothier de l'obligation de construire une maison qui serait contractée ensemble par les entrepreneurs des différents corps des métiers<sup>228</sup>, conduisant donc à considérer que l'exécution ne sera accomplie que par l'accomplissement de la maison entière.

## 2. L'indivisibilité conventionnelle (subjective).

Elle résulte d'une stipulation contractuelle et s'applique à une obligation dont l'objet n'est pas indivisible par nature. En fait, la volonté des parties a le pouvoir de rendre indivisible ce qui est naturellement divisible.

L'indivisibilité conventionnelle résulte normalement d'une clause expresse<sup>229</sup>, mais on considère qu'elle peut être déduite d'une volonté tacite<sup>230</sup> même si elle doit procéder d'une volonté certaine. C'est le cas en matière de somme d'argent où la stipulation d'indivisibilité expresse est pratiquement nécessaire<sup>231</sup>.

Cette stipulation conventionnelle d'indivisibilité accompagne le plus souvent une stipulation de solidarité, et présente un intérêt indéniable au moment du décès.

## B. Les effets de l'indivisibilité.

On considère que l'indivisibilité fait naître une situation proche de celle qui résulte de la solidarité active ou passive selon que l'obligation unit plusieurs créanciers ou un créancier à plusieurs débiteurs.

### 1. Effets en cas de pluralité de créanciers (indivisibilité active).

L'indivisibilité permet à chacun d'eux de réclamer le paiement intégral au débiteur (*art.1320 al.1*)<sup>232</sup>. Corrélativement, le débiteur peut s'acquitter de la totalité de la créance entre les mains de l'un quelconque des créanciers.

Un créancier ne peut modifier ou disposer de la créance sans le consentement des autres en accordant, par exemple, une remise totale de dette au débiteur ou en acceptant une dation en paiement (dans ce sens *art.1320*)<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup>J.François, op.cit., n°239. Cet auteur évoque ici l'indivisibilité conventionnelle tacite.

<sup>228</sup> Cf. sur cet exemple, P. Delebecque & F. Pansier, op.cit., n°215

<sup>229</sup>Cela résulte de l'article 1221-4° quand il vise le cas où l'un des héritiers est chargé par le titre de l'exécution de l'obligation.

<sup>230</sup> Anc. art.1221-5°.

<sup>231</sup> L'obligation de rembourser une somme d'argent « *n'est pas par elle-même indivisible et l'indivisibilité ne s'attache pas de plein droit à la circonstance que cette obligation aurait été fixée globalement sans que soit stipulé le versement de la moitié à la charge de l'un ou de l'autre des codébiteurs* » Civ.11 janv.1984 RTDCiv1985.171, obs. J.Mestre.

De plus, l'indivisibilité ne peut être déduite de la seule qualité de co-vendeurs, de co-emprunteurs ou concubins

<sup>232</sup> Ancien article 1224 al.1.

Mais l'indivisibilité n'a d'effet que dans les rapports entre créanciers et débiteur (le *vinculum*, le lien de droit selon Dumoulin). Dans les rapports des créanciers entre eux, le profit de la créance (*commodum*) se divise. Lorsqu'un créancier a reçu le paiement du tout, les autres créanciers ont un recours contre lui pour lui réclamer leur part. Le créancier doit d'ailleurs rendre compte aux autres du paiement (art.1320 al.1 in fine).

## 2. Effets en cas de pluralité de débiteurs (indivisibilité passive).

Chaque codébiteur est tenu d'exécuter la dette pour le tout et en une seule fois envers le créancier (art.1320 al.2 c.civ.)<sup>234</sup>, et il en va de même des héritiers du débiteur (art.1320 al.3, c.civ.)<sup>235</sup>. Le paiement de la dette par l'un des codébiteurs libère les autres. Les effets sont alors très proches de la solidarité<sup>236</sup>.

Lorsque la dette est payée, son poids définitif devra être réparti par contribution entre les codébiteurs (art.1320 al.2). Le *solvens* disposera alors d'un recours contre les autres : un recours subrogatoire (art.1346 cciv) et un recours personnel.

En conclusion, on soulignera que la question demeure de savoir **si l'indivisibilité passive entraîne des effets secondaires** à l'instar de la solidarité. Même si la jurisprudence apporte quelques éléments<sup>237</sup>, la question reste controversée en doctrine. Les partisans d'une réponse négative constatent qu'en l'absence de communauté d'intérêts, il ne pourrait y avoir d'effet secondaire pour l'indivisibilité<sup>238</sup>. D'autres y sont favorables<sup>239</sup>.

## TITRE II : LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

---

Nous abordons ici la deuxième dimension de l'obligation. En étudiant la force obligatoire (cf. cours de L.2), les modalités et l'extinction de l'obligation (cf. *supra* Titre III), nous envisageons cette dernière comme un lien de droit entre deux personnes. Avec l'étude de la circulation de l'obligation, c'est la dimension patrimoniale de l'obligation qui est prise

---

<sup>233</sup> L'ancien article 1224 al.2 prévoyait que de tels actes n'auront d'effet que pour la part de leur auteur dans la créance, les autres créanciers pourraient en réclamer la prestation indivisible au débiteur, déduction faite de la part déjà remise.

<sup>234</sup> Ancien article 1222

<sup>235</sup> Ancien article 1223.

<sup>236</sup> L'indivisibilité passive ne se ramène pas complètement à la solidarité passive dans la mesure où la première tient à la nature de l'objet et la deuxième à un lien de solidarité institué entre les différents codébiteurs.

<sup>237</sup> A cet égard, une interprétation *a contrario* de l'art.2245 al.2 du code civil conduit à étendre l'interruption de la prescription du débiteur de l'obligation indivisible à l'égard des autres. La jurisprudence a étendu, dans un cas, l'effet de la mise en demeure faite par le créancier (Civ.2, 18 mars 1987, Bull.civ. II, n°71).. Le code de procédure civile semble donner corps aux effets secondaires en matière d'obligation indivisible (cf.art.553 (appel), art.615 (pourvoi), 584 et 591 (tierce opposition)).

<sup>238</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1269.

<sup>239</sup>Marty & Raynaud, op.cit., n°101 ; J.François, op.cit., n°242.

en compte. Dans cette conception objective, l'obligation est alors une valeur ou un bien. Elle est une valeur positive qui figure à l'actif du créancier, et, corrélativement, une valeur négative inscrite au passif du débiteur.

Comme tout bien, tout élément du patrimoine, l'obligation peut alors être directement transmise. Néanmoins, la transmission d'une obligation peut conduire à envisager tantôt la circulation de l'aspect actif du rapport, à savoir la créance, tantôt la circulation de son aspect passif, autrement dit la dette.

Transmission des créances (CHAPITRE I) et transmission des dettes (CHAPITRE II) constitueront deux aspects de ce TITRE

## CHAPITRE 1 : LA TRANSMISSION DES CREANCES

---

Historiquement, l'obligation était un lien, ce n'est que progressivement qu'elle est devenu un bien<sup>240</sup>. En abordant la transmission des obligations, il convient de distinguer la transmission à cause de morts et celle entre vifs. La première fera l'objet d'un cours en Master 1 (Droit des successions). Seule la **cession entre vifs appelle ici des développements**. Encore convient-il de s'entendre sur les termes. En effet, aujourd'hui encore, à l'instar du droit romain, il existe des techniques qui sont proches de l'idée de cession sans se confondre avec elle. En réalité, il n'y a **véritablement cession que lorsque l'obligation est transférée sur la tête d'un nouveau titulaire avec ses caractères et ses accessoires**.

Répond incontestablement à cette définition la **cession de créance** des articles 1321 et suivants du code civil. Même si elle ne figure pas sous la même rubrique dans le code civil, celles des opérations sur obligations, la subrogation personnelle permet également ce résultat car le subrogé va devenir titulaire des droits du subrogeant. La **subrogation personnelle** réalise donc un transfert de créance qui se caractérise toutefois par le fait qu'il est nécessairement lié à un paiement<sup>241</sup>. C'est à ce titre qu'elle est envisagée aux articles

---

<sup>240</sup> A Rome, l'obligation était essentiellement un lien personnel et formaliste qui était intransmissible dans son aspect actif et passif. Cette intransmissibilité a été écartée par étapes. D'abord dans le cadre de la transmission à cause de mort, et après pour la transmission de la créance entre vifs. Il a ainsi utilisé des **voies détournées**. Ce fût le cas de la **novation par changement de créancier** qui permettait l'extinction de l'obligation existante et la création d'une obligation nouvelle au profit du nouveau créancier. **Inconvénients** : 1) si la créance novée avait des sûretés, elle disparaissait avec elle, 2) si le débiteur était en mesure d'opposer des exceptions au créancier primitif, il perd ce bénéfice contre le nouveau créancier, 3) la novation exige le consentement du débiteur. Ce fût, ensuite, la **procuratio in rem suam** (*mandat avec dispense de rendre compte*). Le mandataire (cessionnaire) pouvait encaisser la créance et la conserver. **Inconvénient** : 1) il est révocable, 2) il devient caduc en cas de décès du mandant avant exécution. Il n'y a pas de véritable sécurité pour le cessionnaire.

Avec **Justinien**, les procédés s'améliorent. Le procédé devient irrévocable. De plus, comme le débiteur restait étranger à la convention et pouvait toujours payer le créancier initial (cédant) plutôt que son successeur, on imagina de compléter l'opération par une notification (*denunciatio*) au débiteur qui lui enjoignait de payer, à l'échéance, au cessionnaire. Elle remplira dans l'ancien droit la fonction de *traditio*.

C'est cette opération qu'entérine le code civil (sans la *traditio*, plus besoin du consentement du débiteur).

<sup>241</sup>Ce qui explique que beaucoup d'auteurs présentent la subrogation au moment du paiement, par exemple, F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1361.

1346 et suivants du Code civil. Une distinction apparaît donc logiquement entre un **mode de transmission des créances à titre principal**, c'est la cession de créance (SECTION I), et un **mode de transmission des créances accessoire à un paiement**, la subrogation personnelle (SECTION II).

## ***SECTION I : LA CESSION DE CREANCE***

---

Aux termes de l'article 1321 al.1 du code civil, la cession de créance « *est un contrat par lequel le créancier **cédant** transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le **débiteur cédé** à un tiers appelé le **cessionnaire** ».*

**La cession de créance connaît formes de cession et remplit plusieurs fonctions.**

Généralement, la cession de créance peut remplir **3 fonctions** :

**- la cession de créance représente le transfert d'un droit.**

L'opération est tournée vers l'avenir et porte sur une créance qui n'est pas encore échue. Elle peut avoir lieu à titre gratuit (libéralité au cessionnaire) ou à titre onéreux. Elle réalise alors une spéculation qui permet au créancier à terme de se procurer immédiatement de l'argent. On parle de « *mobilisation* » de la créance, c'est-à-dire de perception de la contre-valeur par anticipation.

**- la cession de créance peut constituer un paiement.**

Elle a pour finalité de produire un effet extinctif. Cette cession a pour cause l'obligation du cédant envers le cessionnaire, obligation qui va alors être éteinte. En fait, c'est le cas où le cédant est tenu d'une obligation préexistante envers le cessionnaire, et pour s'acquitter de sa dette, il transfère au cessionnaire sa propre créance contre le cédé.

**- la cession de créance peut aussi être faite à titre de sûreté (cession fiduciaire).** Ici encore, le cédant est tenu d'une obligation préexistante envers le cessionnaire. Mais la créance qui est transférée n'est pas faite pour payer le cessionnaire de cette obligation préexistante. Elle est cédée pour garantir le paiement. Si le cédant paie ponctuellement sa dette originaire envers le cessionnaire, ce dernier devra lui rétrocéder la créance cédée. Le cédant s'est acquitté de sa dette, la garantie de paiement conférée par la cession perd sa raison d'être. Si le cédant ne s'acquitte pas de son obligation originaire envers le cessionnaire, celui-ci pourra faire jouer la garantie en faisant payer le débiteur cédé. Cette cession fiduciaire est essentielle pour les créances commerciales et est autorisée par un texte spécial<sup>242</sup>. Pour les autres créances, notamment civiles, la jurisprudence a exclue cette possibilité<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> Article L.313-24 du code monétaire et financier.

<sup>243</sup> Cass.Com. 19 décembre 2006, D.2007, 344, note C.Larroumet. La question est aujourd'hui envisagée dans le cadre du nantissement de créances (art.2356 c.civ.).

Au-delà de ces différentes fonctions, il existe deux formes de cession de créance. Si nous envisagerons ici exclusivement la cession de droit commun, il convient de citer qu'il existe des **modes simplifiés de cession**. Le développement de ces derniers s'expliquait, au-delà des exigences de la matière commerciale, par les deux inconvénients que présentait la cession de droit commun. D'une part, le formalisme imposé par l'ancien article 1690 était lourd à mettre en œuvre. D'autre part, la fragilité du droit du cessionnaire qui se heurte aux exceptions que peut lui opposer le cédé. Pour ces raisons, on constate l'existence de deux modes de cession simplifiés que l'on rappelle rapidement :

1°) Les titres négociables : on en distingue trois catégories.

**Le titre nominatif** était la créance constatée par une inscription au compte du titulaire sur les registres de société. Aujourd'hui depuis 1981, la transmission s'accomplit par virement sur les comptes de l'émetteur, à savoir la société. **Le titre au porteur** était autrefois incorporé au titre et le transfert résultait de la simple remise du titre (*tradition*). Depuis la loi du 30 XII 1981 dématérialisant les valeurs mobilières, le droit du titulaire résulte d'une inscription prise sur le compte d'un intermédiaire choisi par le titulaire. La transmission se réalise par un simple virement de compte à compte réalisé par l'établissement teneur du compte sur instruction de son titulaire. C'est ce que l'on qualifie aujourd'hui de valeurs mobilières<sup>244</sup>. Enfin, **le titre à ordre**, est une créance constatée par un écrit qui contient la clause à ordre (*payez à l'ordre de X*). Le transfert se fait ici par endossement, c'est-à-dire que le bénéficiaire écrit au dos du titre le nom de la personne à laquelle elle transmet le titre et signe cette déclaration. Celui qui le reçoit pourra à son tour l'endosser au profit d'un autre. Il s'agit ici principalement des chèques, lettres de change ou billets à ordre. Cette transmission par endossement est beaucoup **plus simple** que la cession d'une créance civile et **plus sûre** en raison de l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions.

2°) La cession par bordereau de créances professionnelles<sup>245</sup>.

Créé pour faciliter le crédit aux entreprises, ce procédé est réservé aux créances professionnelles des personnes physiques ou morales. Dans ce cadre, seuls les établissements de crédit peuvent avoir la qualité de cessionnaires. Le transfert de créance peut avoir plusieurs objectifs (simple cession, nantissement ou garantie).

La particularité de la cession de créances professionnelles réside dans l'effet translatif qui est subordonné à la formalisation d'un acte daté et signé (indiquant la nature de l'opération, désignant les créances cédées et la banque cessionnaire). C'est la remise du bordereau à son destinataire qui opère de plein droit transfert des créances avec tous leurs accessoires et rend l'opération opposable aux tiers (tout autre cessionnaire, créancier du cédant) (*L.313-27 cod.mon.fin.*). Aucun n'avertissement du cédé n'est exigé, même si le

---

<sup>244</sup> Elles appartiennent aujourd'hui aux catégories de titres financiers (art. L.228-1 c.com., et L.211-2, cod.mon.finan.).

<sup>245</sup> Créée par la loi du 2 janvier 1981 « Loi Dailly » (cf. aujourd'hui, art.L.313-23 code mon. Finan.).

cessionnaire a la faculté de notifier la cession au débiteur par tout moyen (L.313-28 *cod.mon.fin.*).

Au-delà de ces modes spécifiques, nous n'aborderons ici que la cession de droit commun, en présentant successivement les conditions (1§) et les effets (2§) de la cession.

## 1§ LES CONDITIONS DE LA CESSION DE CREANCE.

---

Distinguons les conditions de validité (A) et les conditions d'opposabilité (B).

### A. Les conditions de validité.

Parce qu'elle n'est qu'une espèce de convention translatrice, la cession de créance est soumise aux conditions ordinaires de validité des conventions : consentement, capacité, contenu licite et certain (anciennement objet et cause).

Si la cession de créance était traditionnellement dépourvue de formalisme conformément au principe du consensualisme, l'ordonnance de 2016 modifie singulièrement la situation. En effet, l'article 1322 du code civil exige désormais que la cession de créance **soit constatée par écrit à peine de nullité**. Cette convention lorsqu'elle constitue une vente (donc consentie moyennant un prix puisqu'elle peut aussi être à titre gratuit, cf.art.1321) n'est donc **plus un contrat consensuel mais devient un contrat solennel**.

Au-delà de ces conditions, on considère que toute créance, quelle qu'en soit la nature (espèces ou autre prestation), quel qu'en soit l'objet (obligation de faire, ne pas faire ou donner) et quelles qu'en soient les modalités (pure et simple, conditionnelle, à terme ou exigible) peut être cédée.

La cession de créance future a été discutée. Néanmoins, le législateur a, dans certains cas particuliers, admis que les créances d'actes à *intervenir* pouvaient être cédées par voie de bordereau de cession Dailly (L.313-23 *cod.mon.fin.*). Pour la cession de droit commun, l'ancien article 1130 du code civil prévoit que les *choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation*. Ce texte paraît donc fonder la possibilité de céder une créance future. La jurisprudence a fini par admettre que des créances futures ou éventuelles puissent faire l'objet d'une cession à la condition d'être suffisamment identifiables<sup>246</sup>. L'article 1321 entérine cette possibilité en précisant que la cession peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables

Certaines créances échappent néanmoins à cette liberté de cession. Il s'agit des créances insaisissables :

---

<sup>246</sup> Civ.1, 20 mars 2001, *D.* 2001, 3110, note L.Aynès.

- les créances alimentaires légales ou judiciaires (pension alimentaire) et certaines prestations sociales (allocations familiales),
- les créances de salaires et traitements (jusqu'à concurrence du montant insaisissable, cf.art.L.145-1 suiv. & R.145-1 code trav.).

## B. Les conditions d'opposabilité<sup>247</sup>.

Ces conditions étaient posées par l'article 1690 du code civil. Avant la réforme, ce texte s'appliquait indifféremment aux cessions de créance, de droits ou d'actions sur un tiers. L'ordonnance du 10 février 2016 a maintenu l'application du texte aux cessions de « *droits incorporels, droits successifs et de droits litigieux* » mais a exclu son application aux créances. L'article 1701-1 du code civil, créé à l'occasion de la réforme, exclue ainsi l'application des articles 1689 à 1691 et 1693 à la cession de créance.

Avant la réforme, les conditions d'opposabilité de l'article 1690 constituaient la faiblesse majeure de l'opération de cession de créance en raison de leur lourdeur et concentraient, de ce fait, toutes les critiques. C'est la raison pour laquelle les nouvelles dispositions consacrées à l'opposabilité de la cession de créance abandonnent purement et simplement ces formalités.

Avant d'aborder la présentation des nouvelles dispositions relatives à l'opposabilité (2), nous rappellerons les règles anciennement applicables à la cession de créance (1).

### 1. Les règles d'opposabilité de l'article 1690 du code civil applicables à la cession de créance (avant la réforme).

L'article 1690 c.civ. dispose : « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique* ». **Le texte prévoit 2 formalités dont la portée doit être précisée.**

**Présentation des deux formalités de l'article 1690.** Elles sont laissées au choix des parties à la cession. Ces formalités<sup>248</sup> sont exclues en cas de modes simplifiés de cession de créances, ainsi qu'en cas de cession d'universalités de droit<sup>249</sup>.

<sup>247</sup> Emy, *A propos de l'opposabilité d'une cession de créances (réflexions sur l'avant projet de réforme du droit des obligations)* D. 2008, Chron. 2886.

<sup>248</sup> La jurisprudence estime que ces formalités de l'article 1690 ne sont pas d'ordre public. Il serait donc possible de stipuler qu'une créance civile puisse être au porteur ou à ordre (sauf quelques cas légaux, cf. L132-6 cod.assur.).

<sup>249</sup> Les formalités de l'art.1690 s'appliquent aux créances qui font partie d'une universalité de fait, tel qu'un fonds de commerce, Com.11 juin 1981, Bull.civ.IV, n°264, D.1982.IR.527, note C.Larroumet.

a) **La signification de la cession par voie d'huissier** intervient à l'initiative du cédant ou plus souvent du cessionnaire. Elle est destinée au débiteur ou à la personne chargée d'effectuer le paiement (ex, une caisse des dépôts et consignations ayant reçu la somme).

De manière extensive, on considère que toute notification dans les mêmes formes qui feraient mention de la cession avec les précisions requises, peut valoir comme signification. C'est le cas d'une assignation en paiement<sup>250</sup>, d'un commandement aux fins de saisie<sup>251</sup> ou mêmes de conclusions en cours d'instance<sup>252</sup> à la condition toutefois que cette notification tardive ne fasse grief ni au débiteur lui-même, ni à un autre tiers.

b) **L'acceptation dans un acte authentique** : c'est le cas où la cession de créance est relatée dans un acte authentique, les parties peuvent alors faire intervenir directement le débiteur à l'acte. Attention, il ne s'agit pas d'un consentement du débiteur, mais seulement d'un visa attestant qu'il a été informé de la cession. Cette acceptation du débiteur cédé s'analyse en un aveu, par celui-ci, de la connaissance qu'il a de la cession conclue entre cédant et cessionnaire. Si l'acceptation dans un acte authentique reste une nécessité pour la rendre opposable aux tiers autres que le débiteur cédé, la jurisprudence a admis qu'une acceptation sous seing privé équivalait pour le seul débiteur cédé à l'acceptation par acte authentique<sup>253</sup>.

**Portée des formalités.** Les formalités de l'article 1690 étaient fondées, selon la doctrine moderne, sur une finalité de publicité de l'opération, d'information des tiers<sup>254</sup>. A cet égard, la Cour de cassation a défini précisément ce qu'il fallait entendre par tiers au sens de l'article 1690, ce sont « *ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier* »<sup>255</sup>.

Au premier chef des tiers se trouve le **débiteur cédé**. Pour lui, les formalités utilisées paraissent pleinement remplir leur objectif. Mais pour les **autres tiers** (*second cessionnaire, créancier saisissant du cédant*), on peut s'interroger sur l'efficacité de cette publicité en l'absence de véritable système de publicité à l'instar de celui de la publicité foncière. Néanmoins, l'article 1690 joue un rôle comparable à l'article 2276 du code civil s'agissant de la possession des meubles corporels. Précisons donc la portée des formalités à l'égard des deux catégories de tiers :

---

<sup>250</sup>Civ.4 mars 1931 DP 1933, 1, p.73, note Radouant ; Com.1 déc.1987 Bull.civ.IV, n°251.

<sup>251</sup>Civ.2è, 4 janv.1974, RTDCiv.1974.808, obs.Loussouarn.

<sup>252</sup>Civ.1 8 oct.1980, RTDCiv.1981.852, obs F.Chabas.

<sup>253</sup>Civ. 1 déc.1856, DP.1856.I.439.

<sup>254</sup>L'utilisation du terme *saisi* renvoie néanmoins à une autre explication issue de l'Ancien droit : la *saisine*, c'est-à-dire le pouvoir d'appréhender la possession de la chose vendue.

<sup>255</sup>Civ.1ère 4 déc.1985, *Wendling*, RTDCiv.1986.750, obs.J.Mestre. La notion de tiers est ici plus restrictive. Ainsi les *penitus extranei* qui sont des tiers voient l'opposabilité de la cession leur être totalement indifférente. Pour les créanciers ordinaires du cédant ou cessionnaire, la cession s'impose à eux en vertu du droit de gage général. Pour les ayants causes universels, la cession s'impose en leur qualité de continuateurs du cédant. Seules deux catégories de tiers au sens de l'art.1690 demeurent.



► **Pour le débiteur cédé**, tant qu'il n'a pas été informé conformément à l'art.1690, il est en droit de considérer le cédant comme son créancier. Deux **séries de conséquences** découlent de là :

1°) le cessionnaire ne pourra pas poursuivre le débiteur en exécution de son obligation, même s'il est créancier dès l'instant de la cession. En cette qualité, il peut accomplir des mesures conservatoires de ses droits, ou recevoir un paiement valable de la part du cédé. La jurisprudence a admis que le cessionnaire pouvait toutefois exiger le paiement du débiteur cédé, malgré l'absence de signification, à partir du moment où ce paiement ne faisait grief ni au débiteur lui-même, ni à d'autres tiers<sup>256</sup>.

Le cessionnaire peut se voir opposer par le débiteur toutes les exceptions que celui-ci pouvait opposer au cédant.

2°) le cédant reste créancier aux yeux du cédé tant que la formalité de 1690 n'a pas été accomplie. S'il est payé, le paiement sera valable, libératoire et opposable au cessionnaire. Le cédant a le droit de poursuivre le débiteur cédé, qui est censé ignorer la cession et qui, même s'il la connaît, n'est pas en droit de l'opposer au cédant dès lors que la cession ne lui a pas été signifiée ou qu'il ne l'a pas acceptée<sup>257</sup>. Cette dernière solution est très rigoureuse car la simple information de cédé devrait suffire en application du principe de bonne foi.

► **Pour les autres tiers** : il s'agit ici des autres cessionnaires<sup>258</sup> ou encore un titulaire d'un droit sur celle-ci<sup>259</sup>. Il y a alors **conflit entre titulaires de droits concurrents** sur la même créance.

A l'instar des conflits en matière de publicité foncière, le conflit est résolu par **l'antériorité de la formalité de l'art.1690** plutôt que par l'antériorité de la cession. Aux yeux du cédé, le véritable cessionnaire est celui qui a le premier accompli les formalités, sous réserve de la fraude<sup>260</sup>. Autant dire, que seules peuvent être prises en compte les formalités conférant **date certaine** comme la signification et l'acceptation dans un acte authentique. La **fraude** intervient encore comme correctif car on considère que l'antériorité de la formalité ne pourra pas être invoquée par celui qui avait une connaissance spéciale et personnelle de la première cession, non signifiée<sup>261</sup>.

## 2. Les nouvelles règles d'opposabilité depuis l'ordonnance du 10 février 2016.

---

<sup>256</sup>Civ.4 mars 1931, DP.1933, 1, p.73, note Radouant, Civ.3è, 26 fév.1985, JCP1986.II.20607, note B. Petit.

<sup>257</sup>Civ.20 juin 1938 DP 1939.1.p26, note Weill.

<sup>258</sup> C'est le cas par exemple d'un 2ème cessionnaire.

<sup>259</sup> C'est le cas par exemple d'une cession qui serait faite à une première personne et d'un gage qui serait constitué à une autre.

<sup>260</sup>Cas du concert frauduleux entre le cédé et le 1er cessionnaire au détriment du 2ème cessionnaire.

<sup>261</sup>Civ.7 juill.1897, S.1898.1.p.113, note Wahl.

Si entre les parties, le transfert de créance se réalise sans aucune formalité à la date de l'acte de cession de la créance (art.1323), pour le reste il faut distinguer deux situations :

► **A l'égard du débiteur cédé** : l'article 1324 précise que la « *cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». On constate donc la présence d'un véritable formalisme. Tant que l'une de ces formalités n'a pas été réalisée, le cédant conserve donc sa qualité de créancier aux yeux du débiteur. Le texte prévoit donc que, **sauf l'hypothèse où il y a déjà consenti** (ce qui n'est ni obligatoire, ni systématique), l'opposabilité de la cession au débiteur supposera :

- **soit une notification**, c'est-à-dire une information ferme et formelle du débiteur. Aucune forme n'étant imposée, une lettre recommandée avec accusé de réception devrait constituer un minimum.

- **soit une prise d'acte** qui supposera que le débiteur reconnaisse le cessionnaire prétendu comme le véritable cessionnaire. Cette notion de prise d'acte est plus difficile à cerner. La doctrine paraît considérer qu'elle ne saurait se résumer à la simple connaissance de la cession par le débiteur<sup>262</sup>. Il devait plutôt s'agir d'une **véritable reconnaissance émanant du débiteur intervenant probablement à l'initiative du cédant ou du cessionnaire**<sup>263</sup>.

► **A l'égard des tiers** : l'article 1323 fait disparaître les formalités de l'article 1690. Le texte prévoit désormais que le transfert de la créance est **opposable aux tiers dès la date de l'acte** (du moins pour les créances actuelles et au jour de sa naissance pour les créances futures<sup>264</sup>). Il s'agit donc **d'une opposabilité immédiate de la cession de créance**<sup>265</sup>, la notification au débiteur ne sera nécessaire que pour assurer l'opposabilité à ce dernier. La règle de l'opposabilité immédiate permettra donc de régler les litiges entre cessionnaires concurrents. L'article 1325 dispose ainsi que « *le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date* ». L'opposabilité de la cession étant immédiate et ne supposant aucune formalité, il suffira de comparer la date de chaque acte de cession. On comprend que si un débiteur reçoit deux notifications successives, il devra payer le cessionnaire ayant le titre le plus ancien et non le premier ayant procédé à la notification. Toutefois, il est facile de constater qu'un risque de fraude est alors possible notamment par antidate de l'acte (d'autant plus que les actes n'ont plus date certaine désormais avec la mise à l'écart de l'art.1690). C'est la raison pour laquelle, l'article 1323 prévoit que, si un tiers vient à contester l'antériorité de la cession qu'on lui oppose, « *la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout* ».

---

<sup>262</sup> M.Julienne, *op.cit.*, n°178 ; F.Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n°42-111.

<sup>263</sup> Dans ce sens, M.Julienne, *op.cit.*, n°179-180.

<sup>264</sup> Pour les créances futures, l'opposabilité n'est pas sans poser certaines difficultés, cf.Danos F., *Proposition de modification de l'article 1323 du code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future*, RDC 2017, 200. Sur ce point M.Julienne, *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ 2017, n°171.

<sup>265</sup> Cette règle malgré sa nouveauté à la cession de créance ne surprend pas totalement puisqu'elle avait été retenue pour le nantissement de créances (art.2361 et 2362), et pour la cession de créance dans un patrimoine fiduciaire (art.2018-2).

*moyen* ». Il appartiendra donc à celui qui se prévaut de l'antériorité de son droit d'en démontrer l'exactitude.

L'enregistrement de l'acte ou l'établissement d'un acte de cession notarié conserve donc toujours un réel intérêt. Un horodatage de l'acte pourrait également être utile.

En tous les cas lors d'un concours entre cessionnaires successifs, celui qui l'emportera, et donc qui parvient à démontrer qu'il était le premier en date, « *dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* » (art.1325). Cette disposition règle ainsi le cas du cessionnaire second en date (et donc en théorie sans droit sur la créance) mais qui parviendrait à se faire payer par le débiteur (notamment s'il lui a adressé en premier une notification).

## 2§ LES EFFETS DE LA CESSION DE CREANCE.

---

La cession emporte ainsi un effet translatif (A) et une garantie (B).

### A. L'effet translatif de la cession de créance.

A l'instar de la vente, la cession de la créance s'opère instantanément dès l'échange des consentements. Le problème de l'opposabilité est une question distincte de celle de l'effet du contrat entre les parties. L'effet translatif doit être envisagé dans son étendue (1) et dans ses limites (2).

#### 1. L'étendue de l'effet translatif.

La cession de créance transporte la créance originaire sur la tête du cessionnaire qui devient créancier pour son montant nominal quel que soit le prix qu'il a payé pour l'acquérir<sup>266</sup>. **Le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte** (art1323 al.1). L'étendue de cet effet translatif appelle deux remarques.

Tout d'abord, le cessionnaire acquiert la créance avec tous ses accessoires (art.1321 al.3). Même si la notion reste discutée, il faut entendre par **accessoires**, « *tous les droits et actions affectés au service de la créance* »<sup>267</sup>. Conformément à l'ancien article 1692 du code civil, sont des accessoires les sûretés qui assortissent la créance (caution, privilège, hypothèque, voire logiquement la clause de réserve de propriété). La jurisprudence englobe également dans cette notion le titre exécutoire<sup>268</sup>, la clause d'arbitrage<sup>269</sup>, les actions en responsabilité tant contractuelle que délictuelle<sup>270</sup>. En revanche au-delà de ces situations, et

---

<sup>266</sup> Différence avec la subrogation.

<sup>267</sup> M.Cabrillac, *Les accessoires de la créance*, Etudes Weill, Dalloz/Litec, 1983, 107.

<sup>268</sup> Idem pour la subrogation.

<sup>269</sup> Cass.Civ.2, 20 déc.2001, B.C, II, n°146

<sup>270</sup> Cass.Civ.1, 10 janv.2006, Defr.2006, art.38365, n°25, obs.Savaux ; Cass.Civ.1, 19 juin 2007, RTDCiv 2008, 301, obs.B.Fages.

à défaut de stipulation des parties, la transmission des actions soulève des interrogations et divise la doctrine, entre ceux qui admettent la transmission de toutes les actions<sup>271</sup>, ceux qui distinguent selon l'objet des actions<sup>272</sup> ou selon la nature de la cession de créance<sup>273</sup>. La Cour de Cassation<sup>274</sup> a néanmoins exclu du périmètre du transfert les « *actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant*<sup>275</sup> ».

Ensuite, la règle selon laquelle le cessionnaire devient créancier pour le montant nominal quel que soit le prix payé connaît une exception avec le retrait litigieux de l'article 1699 du code civil. Ce texte reste applicable à la cession de créance après la réforme de 2016 en vertu d'une interprétation a contrario de l'article 1701-1 du code civil. Il s'agit de la faculté accordée au débiteur d'une créance contestée de se substituer au cessionnaire lorsque le cédant cède son droit. Par créance contestée ou litigieuse, il faut entendre une créance faisant l'objet d'un procès et faisant donc l'objet d'une contestation sur le fond<sup>276</sup>. Dans ce cas, le débiteur cédé pourra exercer le **retrait litigieux**, c'est-à-dire éviter les poursuites du cessionnaire en lui remboursant le prix de son acquisition, augmentés des frais du contrat ainsi que des intérêts courus depuis le jour où le cessionnaire a payé le prix. Institution considérée comme exceptionnelle, et donc d'interprétation stricte<sup>277</sup> », le retrait litigieux est généralement présenté comme ayant pour but de combattre une certaine forme de spéculation au préjudice des débiteurs<sup>278</sup>.

---

<sup>271</sup> F. Terré, P. Simler & Y. Lequette, *op.cit.*, n°1290.

<sup>272</sup> Cf. par exemple, G. Marty, Ph. Raynaud & Ph. Jestaz, *op.cit.*, n° 361. Il convient d'admettre la transmission des actions qui visent à exécuter la créance (action en paiement) ou à protéger les droits des créanciers (actions en garantie, action paulienne et action oblique) et refuser le transfert de celles qui aboutissent à l'anéantissement de la créance car un tel résultat serait incompatible avec l'objet de la cession de créance (ex, actions en nullité ou rescision). Néanmoins, la résolution devrait pouvoir être exercée car elle est un moyen de coercition contre le débiteur

<sup>273</sup> J. Flour, J. L. Aubert *et alii*, *op.cit.*, n°348. Ces auteurs considèrent qu'il convient de confronter l'objet de l'action avec la nature de la cession de créance. Or, il existerait deux conceptions de la nature de la cession l'une classique (la cession transfère l'émolument de la créance), l'autre moderne (la cession transfère l'émolument de la créance mais également la qualité de créancier). Dans cette dernière conception, le cessionnaire pourrait exercer toutes les actions attachées à la qualité de créancier et qui le protègent en tant que tel (actions en paiement, paulienne, oblique, garantie et responsabilité). En revanche, il ne pourrait exercer les actions liées à la qualité de partie au contrat ayant donné naissance à la créance (nullité pour vices du consentement ou action sanctionnant l'inexécution du contrat comme la résolution). Un arrêt de la Cour de cassation vient d'illustrer cette solution en considérant que le cessionnaire d'une créance n'était pas partie à l'acte d'où la créance cédée était issue, et qu'il n'a donc pas qualité pour défendre, en l'absence du cédant, à une demande en résolution du contrat dont procède la créance, Cass.Com. 15 mai 2019, n°17-27686, JCP 2019 G I 749, §8, obs. M. Billiau ; RTDCiv. 2019, 585, H. Barbier

<sup>274</sup> Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2006, n°04-10231, RTDCiv. 2007, 122, obs. B.Fages

<sup>275</sup> Pour un exemple d'action strictement personnelle au cédant, cf. Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 29 mai 2019, n°17-24845, RTDCiv. 2019, 584, H. Barbier (pas de transmission de l'action directe en paiement du prix dont bénéficie le transporteur impayé à l'égard de l'expéditeur et du destinataire, lorsqu'il cède sa créance à un tiers).

<sup>276</sup> Le retrait litigieux revêt un caractère exceptionnel et implique une interprétation stricte des dispositions qui le régissent (Versailles, 25 mai 2001, JCP E 2001, 1936). Ainsi la contestation doit porter sur le fond, c'est-à-dire l'existence ou la validité du droit, et non sur la justification du calcul des intérêts, Com. 26 février 2002, n° pourvoi 99-12228, RTDCiv. 2002, 532.

<sup>277</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janv. 2004, n° 00-20086.

<sup>278</sup> Même si la preuve de l'intention spéculative des parties à la cession de créance n'est pas une condition de l'exercice de l'action, cf. ainsi Cass.com., 15 janv. 2013, n°11-27298, P+B.

## 2. Les limites de l'effet translatif.

En principe, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait invoquer contre le cédant puisqu'il acquiert la créance originaire. La créance passe au cessionnaire telle que le cédant la possédait. Cette règle de l'opposabilité des exceptions s'explique par l'adage que *Nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même*<sup>279</sup>.

En réalité, et pour plus de clarté, on distingue **deux types d'exceptions** opposables par le débiteur cédé au cessionnaire. Cette distinction d'origine doctrinale<sup>280</sup> semble avoir inspirée la Cour de Cassation dans une de ces décisions<sup>281</sup>. Elle est aujourd'hui reprise par l'article 1324 al.2.

**a) Les exceptions inhérentes à la créance** : Il s'agit des exceptions que le débiteur peut tirer d'un **vice affectant la force obligatoire du contrat générateur de la créance cédée** (*nullité, exception d'inexécution, résolution pour inexécution d'une obligation du cédant vis à vis du débiteur-cédé*). C'est le cas également des exceptions découlant des caractères propres de la créance transmise (*exception de prescription*). A la suite de la jurisprudence l'article 1324 al.2 retient également parmi ces exceptions la compensation pour dettes connexes<sup>282</sup>. Ces exceptions se transmettent avec la créance et le cessionnaire devra les subir comme le cédant lui-même **quel que soit la date de leur naissance**, qu'elles apparaissent avant ou après la réalisation des formalités d'opposabilité de la cession au débiteur.

**b) Les exceptions personnelles**<sup>283</sup> **à la créance** : Ces exceptions sont liées aux rapports personnels entre le créancier et le débiteur et **découlent de la seule position de créancier**. Elles ne valent que **si elles sont nées alors que le cédant avait encore la qualité de créancier aux yeux du débiteur**. On range parmi ces exceptions, l'exception de paiement, de remise de dette, d'octroi d'un terme, de compensation de dettes non connexes (af.art.1324 al.2 *in fine*). Leur opposabilité dépend donc du moment où elles sont nées : si les exceptions naissent **avant la date d'opposabilité de la cession au débiteur cédé**, celui-ci pourra les opposer au cessionnaire. Si elles naissent après cette date, elles seront inopposables.

**Un tempérament existe néanmoins pour la compensation pour dettes non connexes**. L'article 1347-5 apporte en effet une dérogation au principe de l'opposabilité des exceptions antérieures. Il s'agit du cas où le cédé a « pris acte sans réserve » de la cession alors qu'il aurait pu invoquer une compensation avec la créance cédée. Dans ce cas, il est

---

<sup>279</sup> *Nemo plus juris transfere ad alium potest quod ipse habet*

<sup>280</sup> Pour cette distinction, cf.J.François, op.cit., n°384 et suiv.

<sup>281</sup> Cass.Com. 12 janv. 2010, RTDCiv. 2010, 106, obs.Fages ; RDC 2010/3, p.834, Laithier.

<sup>282</sup> S'agissant de l'exception de compensation pour dettes connexes, la jurisprudence a considéré que le débiteur-cédé peut l'opposer au cessionnaire quelle que soit la date à laquelle il a acquis la créance connexe sur le cédant, cf. Com.15 juin 1993, B.IV, n°242, D.1993.495, note C.Larroumet ; D.1994.som.18, note L.Aynès ; Civ.3 12 juill.1995. B.III., n°183, D.1997.95, note J.-P.Clavier.

<sup>283</sup> Ces exceptions sont parfois dénommées exceptions extérieures.

censé avoir renoncé au bénéfice de la compensation : il ne pourra donc plus l'opposer au cessionnaire.

## B. La garantie de la cession de créance.

A l'instar de ce qui se passe pour la vente, la cession, dès lors qu'elle est faite à titre onéreux, entraîne garantie. Les dispositions relatives à la garantie en matière de cession de créance étaient d'ailleurs évoquées dans un titre du code civil consacré à la vente (anciens articles 1693 à 1695). Ces dispositions ont été abrogées et leur contenu déplacé dans l'article 1326. Ce texte prévoit une garantie (1) qui peut toujours être aménagée conventionnellement (2).

### 1. La garantie légale.

Conformément à l'art.1326 al.1 (anc.art.1693) « *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance* ». Autrement dit, le cédant **garantit de plein droit** au cessionnaire que la créance ne comporte, au moment de la cession, aucun vice ou cause d'extinction susceptible d'être opposés par le cédé et qu'il en est bien le titulaire.

La garantie du cédant ne porte que sur **l'existence actuelle** de la créance, elle ne joue pas si les droits cédés sont anéantis par des circonstances postérieures à la cession. Cette garantie s'étend également aux **accessoires**. L'existence des sûretés attachées sont très souvent pour le cessionnaire un élément déterminant. Mais le cédant n'est pas garant de « l'efficacité » des garanties accessoires à la créance cédée.

Surtout, le cédant ne **garantit pas la solvabilité** du débiteur (art.1326 al.2, anc.art.1694). Il apparaît alors comme le garant du passé mais non de l'avenir, sauf s'il s'y engage spécialement<sup>284</sup>.

### 2. Les aménagements conventionnels.

Il est toujours possible aux parties d'élargir ou de restreindre l'obligation de garantie. Cette possibilité est d'ailleurs prévue par l'article 1326 al.3 (anc.art.1694).

**Au titre des clauses extensives**, les parties peuvent prévoir que le cédant s'engagera à garantir la solvabilité du cédé (art.1326al.3). Cette extension est toutefois doublement limitée. Tout d'abord, cette garantie de solvabilité ne peut jouer que **jusqu'à concurrence du prix** qu'il a retiré de la créance et non à concurrence de son montant. Cette règle est considérée comme d'ordre public car elle ne réserve pas de cas contraire.

---

<sup>284</sup> C'est une distinction entre la cession de créance et la cession Dailly ainsi que la lettre de change puisque les endosseurs successifs sont de plein droit garants solidaires du paiement de la traite.

Ensuite, la solvabilité qui est garantie n'est, en principe que la **solvabilité actuelle** (art.1326 al.3), c'est-à-dire au jour de la cession, et non sa solvabilité future (*au jour de l'échéance*). La stipulation contraire est ici néanmoins admise. C'est ce que l'on appelle la « *clause de fournir et faire valoir* ». Elle permet de garantir la solvabilité actuelle et future.

**Au titre des clauses restrictives**, il s'agit de clause venant limiter la garantie normalement due par le cédant. Elle pourrait, par exemple, exclure la garantie de l'existence des sûretés.

Il est même admis de stipuler des **clauses exclusives de garantie**, autrement dit des clauses prévoyant une exclusion pure et simple de garantie de la part du cédant. Cette exonération est doublement limitée. Elle ne peut en aucun cas s'étendre **au fait personnel** du cédant, conformément au droit commun de la vente qui interdit toute clause contraire (*art.1628*). Le cédant est donc toujours garant de l'inexistence ou de la nullité qui lui est imputable ou d'une cession qu'il a antérieurement consentie à un autre cessionnaire qui a procédé le premier à la signification. Ensuite, la clause de non garantie ne dispense le cédant que des dommages-intérêts et non pas de la restitution du prix sauf deux cas : si le cessionnaire a connu les risques d'éviction lors de la conclusion de la cession d'une part ou a accepté de traiter à ses risques et périls d'autre part (*art. 1629 c.civ.*).

## ***SECTION II : LA SUBROGATION<sup>285</sup> PERSONNELLE.***

---

Il y a subrogation personnelle lorsque celui qui paye le créancier est substitué dans les droits de celui-ci. La subrogation personnelle est donc la substitution dans les droits du créancier de celui qui paye une créance à la place du débiteur. L'originalité de l'opération est de conduire au désintéressement du créancier mais sans extinction de la dette puisque le débiteur reste tenu mais envers un nouveau créancier, celui qui a payé (*solvens*) et qui vient remplacer l'ancien créancier. **La subrogation réalise donc une transmission de créance qui va s'effectuer sur le fondement d'un paiement.** C'est ainsi qu'elle se présente à l'article 1346 c.civ. (anc.art.1249).

La subrogation personnelle (et non réelle) suppose donc qu'une dette ait été payée, en tout ou en partie, par un autre que le débiteur et cela même si le *solvens* n'est pas étranger à la dette ; il suffit qu'il ne doive pas en supporter la charge définitive. Dans ce cas, le droit du créancier est éteint mais le débiteur n'est pas libéré sauf si le *solvens* avait entendu lui faire une libéralité. Le *solvens* devra être remboursé par le débiteur de ce qu'il a payé pour le compte de celui-ci. Il dispose pour cela de deux recours :

- un **recours personnel** fondé sur le mandat ou la gestion d'affaire selon qu'il aura agi à la demande du débiteur ou pour lui rendre service<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Subroger signifie remplacer ou substituer.

- un **recours fondé sur la subrogation** : le débiteur reste tenu de la dette qui a seulement changé de titulaire puisque le *solvens* est substitué au créancier. La subrogation opère une substitution d'une personne à une autre, et elle constitue un mode de transmission des droits du créancier car ce sont bien des droits préexistants qui sont transmis au *solvens* subrogé.

Contrairement au recours personnel, le *solvens* subrogé ne pourra obtenir que le remboursement de ce qui était dû au créancier qui a été libéré (pas remboursement des frais exposés). Mais, la subrogation présente des avantages. Le *solvens* se voit transmettre les droits du créancier avec tous les accessoires (sûretés, privilèges). En tous les cas, les deux recours ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Le *solvens* choisira la meilleure des voies, avec au besoin la possibilité de les exercer simultanément<sup>287</sup>.

Afin de présenter la subrogation, nous présenterons successivement les différents cas de subrogation (1§) et les effets de la subrogation (2§).

## 1§ LES CAS DE SUBROGATION PERSONNELLE.

---

L'ancien article 1249 prévoyait clairement 2 cas de subrogation en disposant que la « *subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale* ». Deux conséquences résultent de cet article :

- la subrogation ne peut être admise que si elle a été **clairement voulue ou expressément prévue par la loi**. **Explication** : le principe est que le paiement entraîne naturellement l'extinction de la créance, la survie de cette dernière n'est que l'exception.

- les cas de subrogation sont **limitatifs** : ils résultent soit de la volonté, soit de la loi.

Les articles 1346 à 1346-5 reprennent ces solutions. Nous présenterons donc successivement ces deux cas.

### A. La subrogation conventionnelle.

L'article 1346-1 (anc. art. 1250) laisse apparaître **deux possibilités de subrogation**. Soit elle procède d'un accord du *solvens* avec le créancier (1), soit d'un accord avec le débiteur (2).

---

<sup>286</sup>Avantage de ce recours, le paiement est productif d'intérêts dès le jour où les avances sont faites. Il peut même obtenir le remboursement des frais exposés. Mais il a un inconvénient, c'est qu'il est purement chirographaire et donc démuné des sûretés.

<sup>287</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1362. Ce n'est pas toujours le cas. Le recours subrogatoire de l'assureur de dommages contre le tiers responsable est exclusif de tout recours personnel. La subrogation instituée par la loi du 5 juill.1985 (art.29-30) au profit des tiers payeurs est exclusive de tout recours personnel (sauf art.32). A contrario, le recours personnel peut seulement être exercé quand la créance transmise par voie de subrogation est atteinte par la prescription (Civ.1 15 juill.1999, B.I, n°248, JCP1999.II.10196, note S.Piedelièvre, RTDCiv.1999.877, obs P.Crocq). L'exclusion de tout recours existe si le *solvens* fait une libéralité.



### 1. La subrogation consentie par le créancier (*ex parte creditoris*).

L'art.1346-1 al.1 du code civil dispose que la « *subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur* ». Dans ce cas, la convention est passée entre le créancier (dit le **subrogeant**) et le *solvens* qui apparaît comme le **subrogé**. Nous nous **situons bien évidemment dans un cas où le solvens ne peut pas bénéficier de la subrogation légale**.

Cette forme de subrogation est très utilisée dans les relations commerciales, notamment dans le cadre de l'**affacturage**<sup>288</sup> (*factoring*). Ce procédé permet à un commerçant de recevoir le paiement des créances commerciales par un établissement financier, qu'il subroge alors, lequel assumera le recouvrement et en garantira la bonne fin, c'est-à-dire le risque de l'impayé moyennant une commission. Les avantages de l'opération résident dans l'opposabilité de l'opération aux tiers dès le paiement sans autres formalités et dans le fait que le débiteur ne peut opposer au *factor* subrogé que les exceptions nées antérieurement au paiement subrogatoire.

La subrogation consentie par le créancier est subordonnée à **trois conditions cumulatives** :

a) La subrogation conventionnelle doit être expresse.

Elle ne se présume pas et les parties doivent avoir clairement exprimées leur intention de substituer le *solvens* dans les droits du créancier subrogeant (art.1346-1 al.2). Il faut donc un accord exprès entre les deux. Pour autant, aucune formule sacramentelle n'est exigée. La convention prend la forme d'une quittance subrogatoire.

b) La subrogation doit être faite en même temps que le paiement.

La subrogation **ne peut avoir lieu après le paiement**. En effet, dès lors qu'elle est définitivement éteinte par l'effet du paiement intervenu, la créance ne pourrait plus revenir à existence par un accord postérieur entre le créancier et le tiers *solvens*<sup>289</sup>. C'est pour cela que la date de la quittance subrogative n'est opposable aux tiers que si elle remplit les conditions qui la rendent certaine (art.1377 c.civ.).

L'exigence de concomitance impose que la subrogation **ne puisse avoir lieu avant le paiement**<sup>290</sup>. Ce constat est logique puisque la subrogation est un transfert de créance fondé sur un paiement. Pourtant, la jurisprudence applique la règle de manière très souple. Elle

---

<sup>288</sup> D'origine anglo-saxonne, le *factoring*, autrement dit l'affacturage, est l'opération par laquelle une personne, l'affactureur (*factor*), paie des créances qu'un commerçant a contre ses clients moyennant le transfert des créances et le paiement d'une commission. Le transfert des créances est réalisé par une subrogation conventionnelle consentie par le commerçant au *factor*.

<sup>289</sup> Civ.1, 28 mai 2008, RTDCiv.2008, 481, obs. B.Fages.

<sup>290</sup> On se rapprocherait ici plutôt d'une cession de créance éventuelle, voire d'une promesse de subrogation !

admet ainsi que la *condition de concomitance de la subrogation au paiement ... peut être remplie lorsque le subrogeant a expressément manifesté, fût-ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son cocontractant dans ses créances à l'instant même du paiement* »<sup>291</sup>. Autrement dit, la volonté de subroger peut se manifester avant le paiement dès lors que, dans l'intention des parties, il est prévu que le transfert de la créance ne s'opèrera qu'à l'instant même du paiement. Cette solution a été consacrée par l'article 1346-1 al.3.

c) Le paiement doit être le fait d'une tierce personne.

C'est l'exigence, rappelée par l'article 1346-1 al.1, selon laquelle le paiement doit être **effectué par le subrogé lui-même**. Si le paiement était le fait du débiteur lui-même, il ne pourrait y avoir de subrogation conventionnelle<sup>292</sup>. Elle ne peut exister que si les fonds sont directement versés par le tiers au créancier subrogeant, ou versés par le débiteur agissant en qualité de mandataire du tiers<sup>293</sup>. Toutefois, la jurisprudence admet aujourd'hui que cette subrogation consentie par le créancier est possible, même quand le *solvens* paye sa propre dette, pourvu qu'il libère ainsi un codébiteur, ou un débiteur, tenu de la même dette à un autre titre.

- **Exemple** : c'est le cas de l'assureur qui paye indiscutablement sa propre dette, a néanmoins pu être subrogé conventionnellement par le créancier dans les droits de la victime contre le responsable du préjudice réparé<sup>294</sup>.

Pour conclure, on soulignera qu'il n'existe pas d'autres conditions. En effet, **aucune condition de forme** n'est exigée, étant entendue qu'une subrogation verbale serait parfaitement valable, sous réserve du problème de la preuve qui obéit aux règles de droit commun des actes juridiques. En pratique, la subrogation fait l'objet d'un acte sous-seing privé, la quittance subrogative (ou subrogatoire) qui constate à la fois le paiement (quittance) et le transfert de droit corrélatif (quittance subrogative).

Si traditionnellement il n'y avait pas de formalités d'opposabilité à accomplir car la subrogation était opposable de plein droit au débiteur (sans appliquer les formes de l'ancien article 1690 c.civ. de la cession de créance)<sup>295</sup>, cette solution doit être nuancée désormais puisque, aux termes de l'article 1346-5 du code civil, **le débiteur « peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte »**. Cette nouvelle exigence n'est pas sans rappeler les formalités requises désormais pour l'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé

---

<sup>291</sup>Com.29 janv.1991, B.IV, n°48, RTDCiv.1991, 531, note J.Mestre ; Com.14 juin 1994, B.IV, n°219 ; Civ.1, 28 mai 2002, Bull.Civ. I, n°154.

<sup>292</sup>Com 4 nov.1969, D.1969.505, note D.Alexandre.

<sup>293</sup>Req 3 fév.1936, S.1936.1.128, RTDCiv.1936.692, obs.Demogue.

<sup>294</sup>Civ.1, 22 juill.1987, B.I, n°257, RTDCiv.1988.350.Mestre ; Civ.1 17 fév.1998, B.I, n°68, D.1999.som.230.

<sup>295</sup>Les formalités de 1690 n'ont pas lieu d'être car il n'y a pas de risque pour le créancier qui est payé d'une part et la subrogation n'a lieu que dans la mesure du paiement d'autre part.

(art.1324), ce qui contribue à rapprocher cette opération de la subrogation sur un point qui constituait jusqu'à la réforme une différence.

## 2. La subrogation consentie par le débiteur (*ex parte debitoris*).

Dans cette hypothèse, c'est le créancier qui reste étranger à la convention de subrogation. L'idée générale est que le débiteur « prend » la créance dans le patrimoine du créancier pour la transférer dans le patrimoine du *solvens*. **Il s'agit donc d'un accord entre le débiteur et le *solvens*, auquel le créancier ne participe pas.**

En pratique, c'est le cas où le débiteur, désireux de s'acquitter de sa dette, emprunte à cette fin les fonds nécessaires auprès d'un tiers qu'il subroge dans les droits du créancier à titre de garantie. C'est justement ce type de situation qui justifie historiquement<sup>296</sup> cette forme de subrogation et cette situation anormale où le créancier se voit contraint de transmettre ses sûretés au *solvens*. Les conditions de la subrogation *ex parte debitoris* étaient prévues à l'ancien article 1250-2° et n'avaient pas variées depuis le XVIIème. Elles sont reprises par l'article 1346-2 du code civil.

Ce texte introduit néanmoins une distinction nouvelle. En effet, il envisage 2 situations l'une nouvelle, celle d'une **subrogation avec le concours du créancier** (1346-2 al.1) ; l'autre ancienne, celle de la subrogation **sans le concours du créancier** :

► **subrogation avec le concours du créancier** : malgré son caractère de nouveauté, la première forme ne présente guère de difficulté dans sa compréhension, ni d'originalité dans ses conditions. L'article 1346-2 al.1 précise ainsi que la « *subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds*. Les conditions sont assez proches des conditions classiques de la subrogation consentie par le créancier (cf. *supra*).

► **subrogation sans le concours du créancier** : cette forme est la plus ancienne et la plus originale. L'article 1346-2 al.2 débute en précisant les conditions de fonds de cette subrogation, car elle ne pourra être consentie sans le concours du créancier, qu'à la condition « *que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur* ». En conséquence, la mise en œuvre de cette subrogation semble donc dépendre de la nature du terme. Ce qui semble conduire condamner cette forme de subrogation en matière de prêt d'argent à intérêt où le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties. Cette solution

---

<sup>296</sup>Sous le règne d'Henri IV, le taux des rentes était trop haut. Plus tard, il fut abaissé et un édit de 1609 autorisa les débiteurs à accorder eux-mêmes le bénéfice de la subrogation.

semble mettre un terme à une controverse doctrinale qui avait permis d'ailleurs de redonner un regain d'actualité à cette forme de subrogation<sup>297</sup>.

La subrogation consentie sans le concours du créancier requiert le respect de **conditions de formes précises** :

→ La **forme notariée** est exigée **pour l'acte constatant l'emprunt** qui a été fait pour rembourser la dette primitive d'une part, mais également **pour la quittance délivrée** par l'ancien créancier d'autre part.

→ Ces actes (acte d'emprunt et quittance) doivent comporter la **déclaration expresse de l'origine des fonds et de la destination des fonds**. Selon l'article 1346-2 al.2 du code civil, pour que la subrogation soit valable<sup>298</sup>, il faut que « *que dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier* ».

C'est cette **double mention tient lieu de déclaration de subrogation**. Il n'existe pas d'autres conditions, mais ce formalisme assez lourd, mais indispensable<sup>299</sup>, est un obstacle à son utilisation dans la pratique.

## B. La subrogation légale.

Dans la plupart des cas, la loi accorde le bénéfice de la subrogation qui se produit alors de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de la stipuler.

L'ancien article art.1251 prévoyait 5 cas de subrogation légale. Parmi ceux-ci, un cas faisait figure de **cas général** et les **autres de cas particuliers**. Ces dernières hypothèses étaient énumérées aux 1°, 2° et 4° et 5° de l'article 1251 du code civil<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Sur l'intérêt récent de cette forme de subrogation en raison des fluctuations des taux d'intérêt en matière de prêt immobilier et la possibilité d'imposer le remboursement à un créancier bénéficiant du terme, cf. J. Huet, *Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêts*, D.1999, Chron.303 (pro) et Ph. Malaurie, *Baisse des taux, prêt à long terme et renégociation*, D.1998, Chron.317 (contra). La jurisprudence répond par la négative et refuse cette possibilité, Civ.1<sup>ère</sup>, 27 sept.2005, *Defrénois*, 2005, art.38301, n°94, obs. E. Savaux. Le texte nouveau semble désormais fermer l'usage de cette subrogation dans le prêt d'argent à intérêt.

<sup>298</sup> Toutefois, la sanction applicable en cas de méconnaissance de ces « conditions de validité » semble être l'inopposabilité aux tiers de l'opération, Civ.11 janv.1893, DP 1895, 1, 179.

<sup>299</sup> Il évite les risques de fraude hypothécaire. Par exemple, un débiteur voit ses biens grevés de plusieurs hypothèques. Il rembourse le premier créancier hypothécaire. Il pourrait être tenté de faire revivre l'hypothèque éteinte pour obtenir de nouveau crédit en antichrèse le prêt et en subrogeant, dans cette hypothèque le nouveau créancier, au préjudice des autres créanciers.

<sup>300</sup> La subrogation a lieu de plein droit :

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ;

5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession.

Mais c'est le cas de l'ancien article 1251-3° qui avait, en pratique, un rôle essentiel en raison de sa portée générale que la jurisprudence avait encore contribué à accroître encore. En raison de son influence sur le droit issu de la réforme, ce cas de subrogation légale mérite ici d'être rappelé.

L'article 1251-3° prévoyait que la subrogation avait lieu, de plein droit, « *au profit de celui qui, étant **tenu avec d'autres ou pour d'autres** au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ». Le texte envisageait donc clairement **deux hypothèses** :

► C'est tout d'abord, le cas du **solvens tenu avec d'autres de la dette acquittée**.

Il s'agit ici du cas du **codébiteur solidaire** qui paie plus que sa part dans la dette commune. Lorsqu'il paie le créancier commun, le codébiteur solidaire *solvens* acquitte dans la plupart des cas la totalité de la dette. Il paie donc au-delà de sa part qui lui reviendra au stade de la contribution à la dette. Autrement dit, il éteint à concurrence la part de ses codébiteurs.

Grâce à la subrogation, il pourra récupérer auprès de ses codébiteurs ce qui excède sa propre part en bénéficiant, au besoin, des garanties dont étaient titulaire le créancier. Cette hypothèse recouvre aussi les **codébiteurs tenus *in solidum*** et ceux tenus d'une **obligation indivisible**.

► C'est, ensuite, le cas du **solvens tenu pour d'autres**.

Le cas visé est notamment celui du cautionnement (réel ou personnel) où la **caution** est prise, cette fois, dans ses rapports avec le débiteur principal. Si la caution acquitte la dette, comme le lui impose son engagement, il acquittera la dette qui, *in fine*, doit être supportée par le débiteur principal. Ce cas de subrogation légale lui permet de réclamer le montant total de la dette qui a été acquittée. L'ancien article 1251-3° recouvre également le cas du **tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué** (tenu *propter rem* envers les créanciers inscrits) ou encore le **donneur d'aval**.

**L'ensemble de ces situations** reposaient sur une même idée : celle que plusieurs débiteurs étaient tenus d'une dette unique envers le créancier, soit à titre principal (codébiteurs solidaires), soit à titre accessoire (caution). De sorte que s'il payait, il s'acquittait du même coup, en tout ou partie, de la dette d'autrui. **Pourtant, la jurisprudence va progressivement élargir cette hypothèse de subrogation** en admettant que **celui qui, tout en payant une dette qui lui est personnelle, éteint aussi l'obligation de celui sur lequel doit peser la charge définitive de la dette, peut agir par la voie de la subrogation contre ce dernier**.<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> C'est par ce raisonnement que la Cour de cassation a récemment admis qu'un organisme de garantie bancaire pouvait recourir, quand la dette acquittée était par ailleurs garantie par un cautionnement, contre la caution qu'il a libérée de sa dette envers leur créancier commun, Cass.Com. 18 mars 2014, n°13-12444, *RD bancaire et fin.* 2014., *comm.*99, note A.Cerles

L'ordonnance du 10 février 2016 vient poursuivre ce mouvement d'extension de la subrogation. En effet, l'article 1346 contribue à **élargir considérablement le champ de la subrogation légale** en précisant que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

Même s'il ne reprend pas expressément les 5 cas qui figuraient à l'ancien article 1251, **la formule de l'article 1346 englobe, de par sa généralité, l'ensemble de ces hypothèses**. Désormais, il y aura subrogation légale chaque fois qu'un tiers, y ayant un intérêt légitime, viendra à payer une dette dont la charge définitive incombe à tout ou partie à autrui.

Cette subrogation ouverte par l'article 1346 est d'autant plus remarquable que le tiers peut agir sans l'accord du débiteur et même à son insu, puisque l'article 1342-1 du code civil rappelle que le « *paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier* ». La seule initiative du tiers peut donc conduire au déclenchement de la subrogation.

Il semble néanmoins que **certaines exceptions peuvent entraver le jeu de la subrogation légale** de l'article 1346 du code civil :

- la **condition de « l'intérêt légitime<sup>302</sup> »** est importante dans la mesure où elle peut permettre **d'éviter la réalisation d'une subrogation hostile<sup>303</sup>**. Il suffit d'imaginer le cas d'un *solvens*, totalement étranger à la dette, qui viendrait à payer le créancier en vue d'acquiescer sa créance (sans avoir d'ailleurs besoin de son accord), afin de s'en faire une arme contre le débiteur<sup>304</sup>.
- Si le tiers agit avec une intention libérale, et que son acte constitue une libéralité, il paraît illogique de lui reconnaître le bénéfice de la subrogation<sup>305</sup>. Le débiteur pourrait alors opposer au *solvens* (ou à ses héritiers) l'existence de cette libéralité par nature irrévocable. Il devra néanmoins la prouver.

## 2§ LES EFFETS DE LA SUBROGATION.

---

<sup>302</sup> Cette formule *d'intérêt légitime* n'est pas dépourvue d'ambiguïté : doit-on l'entendre comme la simple exigence d'un intérêt moral au paiement du *solvens*, ou doit-on retenir un intérêt personnel d'ordre juridique à payer de la part du *solvens*. Le doute semble permis mais cette dernière interprétation semble plus souhaitable car elle répondrait à la volonté de limiter l'application du domaine de la subrogation légale d'une part et à celle de réserver la subrogation légale aux seuls cas dans lesquels il est objectivement justifié d'offrir au solvens une subrogation quasi-automatique d'autre part. Sur cette question et cette interprétation, cf. O.Deshayes, T.Genicon et YM Laithier, op.cit., art.1346.

<sup>303</sup> P.Stoffel-Munck, *La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier*, Dr et Pat. 2015, n°249, p.55, spec.56

<sup>304</sup> Cas d'un tiers qui par le jeu de la subrogation, en payant les dettes d'un débiteur, viendrait à acquiescer plusieurs créances contre ce dernier dans le but d'en faire un usage « agressif » (voisin acquiesçant des créances avec l'intention en cas de non-paiement de faire saisir sa maison), cf A.Benabent, op.cit., n°717.

<sup>305</sup> Dans ce sens, A.Benabent, op.cit., 15ème éd., n°716.

La subrogation légale ou conventionnelle produit à titre principal un effet translatif (A). Cet effet translatif est néanmoins limité (B).

#### A. L'effet translatif de la subrogation<sup>306</sup>.

On considère aujourd'hui que la subrogation opère le transfert de la créance primitive au subrogé. On considère que cette transmission est intégrale (1) et qu'elle entraîne même le transfert des vices dans la mesure où le débiteur peut opposer les exceptions qu'il pouvait opposer au créancier primitif (2).

##### 1. La transmission intégrale de la créance.

Le subrogé recueille non seulement la **créance** mais également **tous ses accessoires (art.1346-4)**. Par accessoires, on entend les sûretés personnelles ou réelles mais aussi, de manière plus large, tous les droits et actions qui procuraient une garantie de paiement au créancier originaire. C'est le cas par exemple de la clause de réserve de propriété<sup>307</sup>, d'une action en résolution<sup>308</sup> et même d'un droit de rétention<sup>309</sup>. En réalité, la jurisprudence considère que « *le subrogé dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant le paiement* »<sup>310</sup>.

De plus, la créance est transmise avec ses **caractères propres et ses modalités** : le caractère civil ou commercial, le délai de prescription, le titre exécutoire, la clause d'indexation ou d'intérêts ou encore les clauses attributive de compétence<sup>311</sup>.

Enfin, remarque importante : **l'effet translatif de la subrogation se produit à la date du paiement**. C'est également à cette date qu'elle est opposable aux tiers (art.1346-5 al.2).

En revanche, l'article 1346-5 al.1 précise que le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais « *elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». **Cette dernière règle est nouvelle par rapport au droit antérieur** dans lequel la subrogation était opposable au débiteur dès sa réalisation sans aucune autre formalité. On constate donc que l'opposabilité de la subrogation a été alignée sur celle de la cession de créance.

##### 2. L'opposabilité des exceptions.

Le subrogé **acquiert la créance avec ses qualités mais également avec ses vices**.

---

<sup>306</sup> Au lendemain de la promulgation du code civil, des auteurs ont soutenu que la créance originaire était éteinte par le paiement fait par le subrogé et que seules les sûretés qui la garantissaient se trouvaient reportées sur la créance personnelle en remboursement du subrogé contre le débiteur (Marcadé, T.IV, n°704). Cette analyse ancienne est aujourd'hui abandonnée.

<sup>307</sup> Com.15 mars 1988, D.1988, 330, F. Pérochon.

<sup>308</sup> Req, 28 février 1894, DP.1896.I.585, note P. De Loynes.

<sup>309</sup> Com.25 nov.1997, D.1998.232, note J. François, (sol impl.)

<sup>310</sup> Civ.1, 7 déc.1983, RTDCiv.1984.717, note J.Mestre ; Com.6 mai 1997, Bull.civ.IV, n°126.

Le **principe** conduit à considérer que sont opposables au subrogé les exceptions que le débiteur pouvait invoquer envers le subrogeant pour se libérer.

**Aussi, les exceptions opposables au subrogé** sont celles qui **sont inhérentes à la dette ou celles** qui ont pris naissance dans les rapports personnels du créancier primitif avec le débiteur avant la date du paiement subrogatoire, **exceptions dites personnelles. Après le paiement**, et donc dès que le subrogé peut se prévaloir de sa nouvelle qualité de créancier à l'encontre du débiteur, les exceptions qui viendraient à naître seraient inopérantes vis à vis du subrogé.

► **Explication** : après le paiement, la créance sort du patrimoine du subrogeant et aucun événement survenant de son fait ne peut plus affecter, ou entacher, l'existence de la créance. L'exception est donc inopposable au subrogé dans la mesure où, étant devenu le seul titulaire de la créance, il peut légitimement ignorer l'exception<sup>312</sup>.

Au titre des **exceptions inhérentes à la dette** (art.1346-5 al.3), sont opposables au subrogé l'exception de **nullité**, **l'exception d'inexécution**, de **résolution** ou encore l'exception de **compensation pour dettes connexes**. Il convient également d'ajouter à cette liste des exceptions issues de la jurisprudence comme la chose jugée à l'encontre du subrogeant<sup>313</sup>, mais aussi les clauses déterminant le régime de la créance transmise (*ex : clause attributive de compétence*<sup>314</sup>, *clause limitative de responsabilité*<sup>315</sup>) ou encore les moyens de défense tirés des caractères propres de la créance (*prescription de la créance*),..

Au titre des **exceptions personnelles**, **l'article 1346-5 al.3**, le débiteur pourra opposer au subrogé les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un **terme**, la **remise de dette** ou la **compensation de dettes non connexes**.

Cependant, on soulignera que **la règle de principe comporte une dérogation** importante dans un cas particulier. C'est le cas du débiteur qui paie de bonne foi (ie, dans l'ignorance de la subrogation) le subrogeant, il pourra opposer ce paiement au subrogé même si le paiement est postérieure au paiement subrogatoire. Cette solution repose sur l'ancien article 1240 du code civil (aujourd'hui 1342-3) et souligne l'importance qu'il y a à informer rapidement le débiteur de la subrogation.

---

<sup>311</sup> Civ.1, 12 juillet 2001, D.2001, 3246, obs.P.Delebecque

<sup>312</sup> Com. 9 nov.1993, B.C, n°381, RTDCiv.1995.112, obs.J.Mestre.

<sup>313</sup> Civ.2, 14 janv.1999, BC, n°7.

<sup>314</sup> Civ.3, 30 oct. 1991, BC, n°251

<sup>315</sup> Civ.3, 15 fév. 1989, BC, n°35.



## B. Les limites à l'effet translatif de la subrogation.

Si la subrogation s'analyse en un transfert de droits, elle est aussi un accessoire du paiement, et notamment du **paiement de la dette d'autrui**. Cette considération conduit à limiter son effet translatif. Au-delà de certaines limites exceptionnelles, **deux règles** doivent être ici rappelées :

### 1. La subrogation ne joue que dans la mesure du paiement.

Parce qu'elle tend à garantir celui qui a payé pour le débiteur et dans la mesure où il a effectivement payé, le subrogé ne pourra exercer la créance qui lui a été transmise que jusqu'à concurrence de ce qui lui est nécessaire pour recouvrer les fonds employés pour le paiement<sup>316</sup>. C'est là une **différence avec la cession de créance** car le cessionnaire d'une créance peut poursuivre le débiteur pour le montant intégral de la créance, quel que soit le prix de la cession ; on retrouve là l'idée que la cession de créance est une opération spéculative. En revanche, la **subrogation est fondée sur un paiement qui conditionne et constitue la mesure du transfert**. L'article 1346-4 al.1 rappelle ainsi que la subrogation « *transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires* », et le texte précise néanmoins « *à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier* »<sup>317</sup>.

Certaines situations soulèvent néanmoins des difficultés. Ce fut le cas notamment lors de la mise en œuvre des clauses d'indexation et intérêts stipulées avec la créance. La question s'était posée de savoir si le subrogé pouvait recevoir plus du débiteur qu'il n'avait versé au créancier initial, en raison de la clause d'intérêts conventionnels, et ainsi réaliser un profit. Certains auteurs le pensaient<sup>318</sup>. La jurisprudence a fini par trancher la question<sup>319</sup> et l'ordonnance n°2016-131 consacre cette solution jurisprudentielle en considérant que « *le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt* »<sup>320</sup>.

### 2. La subrogation et le paiement partiel.

---

<sup>316</sup> Et cela même s'il devait recevoir une quittance complète.

<sup>317</sup> C'est la reprise d'une jurisprudence qui considérait que la **limitation de l'effet translatif de la subrogation pouvait tenir à l'existence de droits si intimement attachés à la personne du subrogeant que leur exercice par d'autres (comme le subrogé) devient inconcevable**. Les situations sont rares mais on citera les prérogatives de puissance publique, par exemple, Com. 26 nov.2002, RTDCiv.2003, p.299. Au titre des limites possibles à l'effet translatif, il est également possible de rappeler la limite découlant de la volonté des parties, cf.Civ.1, 4 fév. 2003, RTDCiv.2003.300.

<sup>318</sup> CCf. aussi, F. Auckenthaler, *Le droit du subrogé aux intérêts de la créance*, D.2000, Chr.171.).

<sup>319</sup> La cour de cassation a fini par considérer que « *la subrogation est à la mesure du paiement, le subrogé ne peut prétendre, en outre, qu'aux intérêts produits au taux légal par la dette qu'il a acquittée, lesquels (....) courent de plein droit à compter du paiement* », Civ.1, 29 oct.2002, D.2003, 1092, V.A.Robardet ; JCP 2003, I, n°124, n°9, obs.Ph.Simler.

<sup>320</sup> Le texte poursuit et précise que « *ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà* ».

En cas de paiement partiel, le subrogé n'acquiert qu'une partie de la créance. De plus, il se trouve dans une situation inférieure par rapport au créancier qui conserve l'autre partie de la créance.

- **Exemple** : A est créancier hypothécaire de B pour 100.  
C paye à A 50 et se trouve subrogé dans les droits de A à hauteur du paiement.  
Supposons que l'immeuble hypothéqué appartenant à B est vendu pour 50.  
**Selon le droit commun** : A et C concourent sur le prix de 50 à égalité, chacun reçoit 25.  
A aura donc reçu 75, C est remboursé de 25. **Conclusion** : **chacun perd 25.**

L'article 1346-3 (anci.art.1252 avec rédaction identique) apporte ici une **solution particulière** en disposant que la subrogation « *ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ». C'est l'adage latin ***Nemo contra se subrogasse censetur***, autrement dit, « on n'est pas censé avoir subrogé contre soi ».

- **Exemple** : dans notre cas, A va d'abord se payer.  
Sa créance de 50 va alors être payée pour 50 et C ne prendra rien.  
A est entièrement payé, C perd tout.

Le **fondement de cette règle est discuté**<sup>321</sup>. Plutôt qu'une présomption de volonté du créancier (sans valeur quand la subrogation est imposée au créancier<sup>322</sup>), il convient de la rattacher à **l'idée de paiement et à l'équité**. Ainsi si le paiement partiel avait été fait par le débiteur lui-même, le créancier aurait conservé intact sa sûreté pour garantir le reliquat. Or le paiement avec subrogation ne doit pas modifier cette situation.

La règle comporte néanmoins une double limite :

- elle ne s'applique pas lorsque **le créancier partiellement désintéressé (subrogeant) et le subrogé viennent en concours chirographaire**. Elle semble inutile pour le subrogeant car, s'il souhaitait invoquer le bénéfice de l'article 1346-3, le subrogé pourrait alors agir sur le fondement de son recours personnel contre le débiteur et entrer en concours avec lui.
- elle ne s'applique pas lorsqu'il y a conflit entre le créancier et le subrogé pour deux créances distinctes<sup>323</sup>. L'art. 1346-3 ne s'applique qu'en présence d'un **paiement partiel affectant une créance unique**.

On terminera en précisant que la règle *Nemo contra se subrogasse censetur* n'est pas d'ordre public et, de ce fait, est souvent écartée dans les cas de subrogation conventionnelle. En revanche, elle conserve toute sa force en matière de subrogation légale.

---

<sup>321</sup> Sur cette discussion, cf J.Flour *et alii*, *op.cit.* n°386.

<sup>322</sup> C'est le cas de la subrogation légale ou encore quand la subrogation est consentie par le débiteur.

<sup>323</sup> Cas du créancier ayant plusieurs créances dont l'une a été payée intégralement par le subrogé.

## CHAPITRE 2 : LA TRANSMISSION DES DETTES.

---

Si le changement de créancier dans un rapport importe peu, ce que permet d'ailleurs la cession de créance ; le changement de débiteur a toujours soulevé des difficultés dans la mesure où la personnalité du débiteur, et notamment sa solvabilité, est toujours importante pour le créancier. C'est donc ainsi progressivement impose la règle selon laquelle « *nul ne peut être contraint de changer de débiteur* ». C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible d'organiser une cession de dette isolée entre vifs<sup>324</sup> qui serait l'homologue, ou la symétrie parfaite, de la cession de créance. On a pu évoquer l'incessibilité de la dette<sup>325</sup>.

Pourtant avant l'ordonnance du 10 février 2016, de nombreuses techniques permettaient déjà de réaliser des opérations qui se rapprochaient de la reprise de dette<sup>326</sup>, plus que d'une véritable cession de dette. Parmi celles-ci, certaines ne réalisent pas à proprement parler un véritable transfert de l'obligation sur le plan juridique. En revanche, économiquement, le résultat se révèle identique. A l'instar des procédés les plus anciens, il est possible de faire entrer une **troisième personne dans un rapport bilatéral par la création d'une obligation nouvelle qui va venir se substituer ou s'ajouter à l'obligation originaire**.

Cette obligation est **nouvelle** par sa **cause** qui est différente de celle de l'obligation originaire. En revanche, s'agissant de **l'objet de l'obligation**, il est identique dans les deux obligations qui sont successivement créées. Cette identité d'objet entre les deux obligations permet de dire que la seconde fait circuler la première puisque le créancier n'aura droit qu'à une seule prestation.

---

<sup>324</sup> Nous raisonnons ici sur la cession d'une **dette isolée entre vifs** et non les cessions de dettes qui surviennent à cause de mort et qui se réalisent lors de la **transmission de tout ou partie du patrimoine** à un héritier ou un légataire. Elles ne soulèvent aucune difficulté théorique car la transmission de l'universalité (créances et dettes) a lieu au successeur qui est en réalité le continuateur de la personne du défunt.

<sup>325</sup> Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1437.

<sup>326</sup> Au titre de ces techniques de transfert de dette, on pourrait citer **l'indication de paiement**, la **reprise interne**, la **stipulation pour autrui**, la **novation par changement de débiteur**, voire certains sous-contrats. Sur cette question cf. par exemple, J.Mestre, *De quelques changements de débiteur*, RTDCiv.1991, 531. Pour une présentation de ces différentes techniques, cf. Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1439 ; A.Bénabent, *op.cit.*, n°732.

On pourra consulter également depuis la réforme : J.François, *Les opérations sur dette*, in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* RDC 2016/Hors série, p.45 ; M.Julienne, *La cession de dette : une théorie à construire, une pratique à parfaire*, Dr. & Patr. 2016, n°260, p.63

Deux procédés permettent de parvenir à ce résultat. Le premier, **la novation par changement de l'une des parties**, sera abordé plus tard<sup>327</sup>. Nous consacrons d'abord nos développements au procédé qui est aujourd'hui le plus vivant et qui supprime d'ailleurs le premier : **la délégation**. Des auteurs critiquent néanmoins l'idée que la délégation puisse être un procédé de circulation des créances puisque la délégation simple laisse subsister l'obligation du débiteur primitif et se traduit par un engagement autonome et nouveau souscrit par un autre débiteur<sup>328</sup>. Pourtant, sur le plan économique le résultat est le même. Nous présenterons donc la délégation (**Section 1**).

L'ordonnance du 10 février 2016 introduit dans le code civil « la **cession de dette** » aux articles 1327 à 1328-1 comme nous le constaterons (**Section 2**). Mais derrière la consécration de cette terminologie, ce n'est pas une véritable cession de dette, conçue comme une opération symétrique à la cession de créance, qui intègre le code puisque l'accord du créancier reste un élément incontournable de l'opération contrairement à l'accord du débiteur au sein de la cession de créance. Pourtant, cet apport de la réforme reste majeur car il consacre une **véritable transmission juridique de la dette** avec une protection réelle du créancier<sup>329</sup>. Cette protection caractérise également la délégation comme nous allons le constater.

## **SECTION 1 : LA DELEGATION**

---

**La délégation est une opération par laquelle une personne (le délégant) obtient d'une autre (le délégué) qu'elle s'oblige envers une troisième (le délégataire) qui l'accepte comme débiteur (art.1336).**

Elle présente plusieurs formes et peut avoir différentes fonctions.

► **S'agissant des formes de la délégation**, on distingue une double opposition :

- **Délégation parfaite et délégation imparfaite**. Dans la première, le délégant est libéré par l'effet même de la délégation. La dette du délégué remplace celle du délégant. Dans ce cas précis, la délégation se double d'une novation par changement de débiteur, ce qui lui vaut son nom de **délégation novatoire**.

En revanche, dans le second cas, le délégant n'est pas libéré et l'engagement du délégué vient s'ajouter à la dette du délégant. Autrement dit, le délégataire se retrouve avec deux débiteurs. Sont-ils alors considérés comme des débiteurs principaux ou le délégant

---

<sup>327</sup>Pour une présentation comme mode de circulation par création d'une obligation nouvelle, P.Malaurie, L.Aynès & P.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1454.

<sup>328</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1272.

<sup>329</sup> D'autres hypothèses de transferts juridiques de dettes existent mais ils se réalisent **sans protection du créancier** notamment dans les cas où **la dette est transmise dans le cadre d'un ensemble, soit d'une universalité juridique** (transmission de la succession d'une personne physique qui décède ; fusion-absorption d'une société par une autre qui entraîne une transmission universelle de patrimoine) ; **soit dans le cadre d'un transfert de contrat** (transfert de plein droit de contrats accessoirement au transfert de la chose comme le bail, l'assurance ou le contrat de travail)

devient-il un débiteur subsidiaire comme une simple caution ? La question est discutée mais la solution dépend, en réalité, de l'intention des parties.

- **Délégation certaine et incertaine** : cette distinction repose sur l'idée que la délégation peut être indépendante de l'un des rapports antérieurs ou s'y référer. La délégation sera **certaine** lorsque **l'obligation du délégué envers le délégataire est autonome donc détachée de tout rapport antérieur**. C'est le cas du délégué qui s'oblige à payer telle somme d'argent déterminée ou à effectuer telle prestation. La délégation sera **incertaine** lorsque le délégué se réfère seulement à une dette préexistante et s'engage à payer, par exemple, **ce que le délégant doit au délégataire**. L'opération est alors assez proche d'une reprise de dette. L'obligation du délégué est définie au regard des rapports fondamentaux<sup>330</sup> et reprendra alors les caractéristiques de la première obligation (ex : les modalités, etc..)<sup>331</sup>.

► On déduit de là les **différentes fonctions** que peut recouvrir la délégation.

- Tout d'abord, l'engagement du délégué permet, par une seule prestation, l'extinction de deux obligations antérieures. Le délégant va ainsi obtenir que le délégué paye sa dette au délégataire et qu'il se libère ainsi, en même temps, à son propre égard. La délégation joue alors son rôle de **mode simplifié de paiement**. C'est très souvent cette fonction qui est rencontrée dans la mesure où la délégation se rencontre fréquemment entre des personnes déjà liées par des rapports juridiques préexistants. Le délégant est alors à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué auquel il demande de s'obliger envers le délégataire. Il y aura alors extinction de la dette du délégant envers le délégataire, et celle du délégué envers le délégant.

- Ensuite, la délégation imparfaite permet de constituer une **garantie au profit du créancier** car elle ajoute à l'obligation du délégant celle du délégué. Dans ce cas, on constate que si le délégué s'engage à payer ce que doit le délégant (délégation incertaine), son obligation sera une sorte d'accessoire, ce qui rapproche l'opération d'un cautionnement. Dans ce cas, il n'y a pas forcément de relation préexistante entre le délégant et le délégué (ce dernier peut vouloir ainsi faire une libéralité au profit du délégant).

**Exemple** : art.14, L.31.12.1975 sur la sous-traitance. Cette loi impose à l'entrepreneur principal l'obligation de garantir au sous-traitant le paiement des sommes qu'il pourra lui devoir au moyen, soit d'un cautionnement bancaire, soit de **la délégation du maître de l'ouvrage dans les termes de l'article 1275 c.civ (aujourd'hui 1338 cciv)**. La loi retient donc ce cas de délégation comme un équivalent du cautionnement.

---

<sup>330</sup> Le délégué paiera ce qu'il devait au délégant, ou ce que le délégant devait au délégataire.

<sup>331</sup> En présence d'une **délégation incertaine, la délégation se rapproche alors d'une cession de dette** (ex: reprise de prêt) sans être pour autant identique à cette opération car il n'y a pas véritablement transmission, mais création d'une dette nouvelle par sa cause. Certains auteurs voient d'ailleurs dans la délégation un mode de transfert de dette avec protection du créancier (A.Bénabent, op.cit., n°751). Malgré le principe selon lequel « nul ne peut être contraint de changer de débiteur » qui existe en droit français ; la délégation permet d'atteindre un

La délégation joue donc aujourd'hui un rôle essentiel<sup>332</sup>, parfois surprenant<sup>333</sup>, qui nécessite l'étude de son mécanisme. La délégation parfaite et imparfaite exigent, en raison des différences qui marquent leurs conditions de réalisation et leurs effets, une étude distincte. On présentera donc successivement la **délégation imparfaite** (1§) avant d'envisager la **délégation parfaite** (2§).

## 1§ LA DELEGATION IMPARFAITE.

---

Elle est aussi appelée **délégation simple**.

Elle constitue en tous les cas le **droit commun de la délégation** et sa forme la plus courante. C'est la **norme** car elle répond aux principes essentiels de la force du lien d'obligation et de l'absence de renonciation ou de novation.

Si les **conditions** de l'opération (A) ne présentent pas de particularités notables, tel n'est pas le cas des **effets** de l'opération (B).

### A. Les conditions.

Les conditions de la délégation imparfaite se caractérisent par une souplesse qui fait défaut à l'autre forme de délégation. Cette souplesse est perceptible s'agissant des conditions de forme (1), du consentement (2) et de l'existence de rapports antérieurs entre les différentes parties (3).

#### 1. Les conditions de forme.

Aucun formalisme n'est exigé.

Le nouvel engagement du délégué (pris à la demande du délégant) repose sur la liberté des conventions et l'opération triangulaire dans laquelle il s'insère ne lui confère, intrinsèquement, aucune originalité.

Aucun formalisme particulier n'est exigé pour la validité de l'opération, ni d'ailleurs pour son opposabilité aux tiers (contrairement à la cession de créance).

#### 2. Le consentement.

---

résultat proche tout en assurant la protection du créancier car, soit son accord est requis, soit le transfert ne libère pas le débiteur initial..

<sup>332</sup> Les **paiements par carte bancaire** reposent sur le mécanisme de la délégation. L'acheteur d'un bien ou service désireux de payer par ce mode sera le délégant. Il donnera l'ordre à son propre débiteur, le banquier (délégué) de payer son commerçant (délégataire). On pourrait également citer le **contrat de sous-traitance**, la **lettre de change** etc...

<sup>333</sup> Parfois controversé, C. Larroumet, *La descente aux enfers de la cession de contrat*, D.2002, 1555 (à propos de l'arrêt de la Cass. Civ.3, 12 décembre 2001) où la délégation est utilisée pour fonder la cession de contrat. Sur cet arrêt, cf. aussi D.2002.984, note C.Jamin & M.Billiau.

Comme les autres formes de délégations, la délégation nécessite un **accord de volonté entre les différentes personnes intéressées**.

Si le **consentement du délégant** est évident puisqu'il est à l'origine de l'opération<sup>334</sup>, **celui du délégataire** est en revanche moins incontournable<sup>335</sup> mais il reste traditionnellement exigé. Il prendra souvent la forme d'une manifestation de volonté tacite pour cette forme de délégation.

L'originalité de l'opération tient dans **l'engagement du délégué**, à la demande du délégant, envers le délégataire. En effet, à défaut de ce consentement, il n'y aurait que simple indication de paiement faite au créancier d'une personne devant payer à la place du débiteur<sup>336</sup>, ou même promesse de délégation.

**Pour qu'il puisse y avoir une véritable délégation il faut un engagement du délégué envers le délégataire.** Cet engagement doit être certain mais peut être tacite<sup>337</sup>. L'engagement du délégué envers le délégataire peut être pur et simple ou assorti de modalités, mais aussi de réserves. Rien n'empêche au délégué de s'engager envers le délégataire que dans la mesure de ce qu'il doit au délégant (délégation incertaine). Si le délégué est disposé à s'engager, l'obligation nouvelle ne naîtra véritablement qu'avec l'acceptation de cet engagement par le délégataire.

Cette acceptation pourra intervenir dans le cadre d'un **accord triangulaire unique** entre les trois parties à la délégation, ou alors faire l'objet d'un **accord distinct** entre délégué-délégataire, postérieur à l'accord délégant-délégué.

L'acceptation du délégataire peut être expresse, mais aussi tacite. Mais elle est absolument nécessaire car à défaut, on serait en présence soit d'une indication à un débiteur d'une personne devant recevoir le paiement<sup>338</sup>, soit d'une offre de délégation, soit d'une stipulation pour autrui<sup>339</sup>.

### 3. L'existence de rapports antérieurs entre les différentes parties ?

---

<sup>334</sup> Et permet de distinguer cette opération d'un engagement de payer la dette d'autrui.

<sup>335</sup> Sur ce point, J.Flour *et alii*, *op.cit.* n°434.

<sup>336</sup> art.1340 (anc. art.1277 c.civ.). Cette simple indication n'opère pas novation. Elle ne constitue pas non plus une délégation mais un simple mandat de payer (ou de recevoir le paiement) sans création d'une obligation nouvelle à la charge du débiteur, ou de droit nouveau au bénéfice du créancier. En revanche, avec la délégation apparaît un engagement nouveau, celui du délégué qui s'ajoute à l'obligation du délégant à l'égard du délégataire. Sur la distinction indication de paiement et délégation, cf.: Civ.1, 7 avril 1998, CCC. Juill.1998, n°95, obs. L.Leveneur.

<sup>337</sup> Com.16 avril 1996, JCP II.22689, note Billiau, D.1996.571, note Larroumet, D.1996.SC.333, obs.L.Aynès.

<sup>338</sup> Sur la différence entre la délégation de paiement et l'indication de paiement, cf.Godon, *Defrénois*, 2000, 193.

<sup>339</sup> La stipulation pour autrui s'inscrit dans un contrat synallagmatique et ne requiert pas l'acceptation du tiers bénéficiaire. D'ailleurs, tant que l'acceptation n'est pas intervenue, la stipulation est révocable alors que la délégation suppose d'emblée un rapport triangulaire et est irrévocable. Une fois l'acceptation donnée, la ressemblance est plus forte. Des différences demeurent entre les opérations : la stipulation n'a pas pour but d'éteindre des obligations préexistantes, le promettant peut toujours opposer au tiers les exceptions tirées de son rapport avec le stipulant (alors que l'engagement nouveau du délégué se caractérise par l'inopposabilité des exceptions qu'il avait contre le délégant).

Il s'agit là d'une interrogation. Certes dans la pratique, la délégation intervient à l'initiative du délégant en raison des liens préexistants avec le délégataire (son créancier) et du délégué (son débiteur).

Mais, en droit, **aucun texte n'érige l'existence de tels liens en conditions de la délégation**. D'ailleurs, une doctrine unanime et constante enseigne que la délégation est possible en l'absence de tels liens. Rien n'empêche donc une personne de s'engager en qualité de délégué alors qu'elle n'était pas précédemment débiteur du délégant.

Dans un arrêt du 21 juin 1994, la Cour de cassation a réaffirmé cette position : il importe peu que le délégué ait été ou non débiteur du délégant<sup>340</sup>. L'absence d'obligations antérieures n'est pas un obstacle à sa réalisation<sup>341</sup>.

Néanmoins, on ne peut manquer de souligner qu'il serait difficile en pratique d'envisager une délégation en l'absence de tout lien juridique préexistant même si l'absence d'obligation préexistante entre délégant-délégataire ; ou entre délégué et délégant reste théoriquement possible. C'est sans doute la raison pour laquelle les textes issus de l'ordonnance évoquent successivement les situations où le délégant est débiteur du délégataire (art.1337), voire celle du délégant créancier du délégué (art.1339).

## B. Les effets.

La délégation simple est **génératrice d'une obligation nouvelle** qui s'ajoute à celle qui existait entre les parties. Comme le précise l'article 1338 al.1, **la délégation donne au délégataire un second débiteur**. On distinguera ici les effets engendrés par la délégation à l'égard des parties à la délégation (1) et à l'égard des tiers (2).

### 1. Les effets à l'égard des parties.

Il convient ici de distinguer selon les rapports respectifs des parties.

#### a) Dans les rapports entre délégant et délégué.

Tout dépend de savoir si le délégant était ou non antérieurement lié au délégué :

► Si le **délégant était antérieurement créancier du délégué** : le problème est de savoir si la création d'une obligation nouvelle du délégué envers le délégataire entraîne ou non l'extinction de sa dette envers le délégant ? La réponse est nécessairement négative car l'affirmative supposerait une novation par changement de créancier. Or, la novation ne se présume pas et doit être expresse.

---

<sup>340</sup>Com.21 juin 1994, *Deneux*, RTDCiv.1995, 113, obs.J.Mestre.

<sup>341</sup>*contra*, M.Billiau, *La délégation de créance*, LGDJ, n°16 suiv, & 406 suiv.



Partant de là, on doit considérer que la créance du délégant envers le délégué survit<sup>342</sup>. Néanmoins, il est cohérent que le délégant renonce nécessairement à exercer ses droits contre le délégué à la condition de l'exécution par celui-ci de l'obligation nouvelle contractée envers le délégataire. Cette solution a été consacrée par la jurisprudence puisque la cour a considéré que ni le délégant, ni ses créanciers ne pouvaient exiger le paiement du délégué avant sa défaillance envers le délégataire<sup>343</sup>. Cette solution a été reprise dans une solution plus récente qui apporte néanmoins des précisions importantes<sup>344</sup>. La cour rappelle ainsi que « *la créance du délégant sur le délégué s'éteint seulement par le fait de l'exécution de la délégation, ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger le paiement* ». Dans ces conditions, la saisie-attribution effectuée entre les mains du délégué par le créancier du délégant ne pouvait avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec le créancier saisissant.

Mais la cour de cassation apporte une précision importante sur le sort de la créance du délégant en considérant que cette créance n'était pas saisissable par les créanciers du délégant, car le droit de créance qui demeure dans son patrimoine, est indisponible à compter de l'acceptation du délégataire. C'est donc une indisponibilité qui semble affecté la créance du délégant.

La créance du délégant envers le délégué sera donc éteinte au moment de l'exécution par le délégué de son obligation nouvelle envers le délégataire. C'est là, la fonction extinctive de la délégation. L'article 1339 reprend la plupart de ces solutions jurisprudentielles en rappelant que :

- lorsque le délégant est créancier du délégué, **sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire** et à due concurrence. **Jusqu'à-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement** que pour la part qui excèderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.
- **La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.**

L'alinéa 4 de l'article 1339 précise néanmoins que si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire.

---

<sup>342</sup> Un auteur a considéré qu'il y avait de la part du délégant une remise de dette du délégant au délégué sous condition résolutoire de l'inexécution par le délégué de sa nouvelle obligation envers le délégataire, Ph.Simler, *L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée*, Mélanges JL Aubert, Dalloz 2005, 295, *spec.*, 301 à 306. Sur cette question, cf.aussi Dauriac, *Le sort de la créance du délégant envers le délégué au cours de la délégation*, *Defrénois* 1997, art.3664

<sup>343</sup> Com.16 avril 1996, JCP II.22689, note Billiau, D.1996.571, note Larroumet, D.1996.SC.333, obs.L.Aynès (rendu à propos d'une saisie arrêt faite par les créanciers du délégant). Un arrêt postérieur semble contestée cette solution mais cette différence semble tenir au droit des procédures collectives en cause, Com.29 avril 2002, Act.Proc.Collect., 5 juillet 2002 ; JCP 2003, II, 10154, note AS Barthez.

<sup>344</sup> Com.14 février 2006, JCP 2006, II, 10145, note M.Roussille ; RTDCiv.2006, 319, obs.B.Fages

► Si le **délégant n'était pas antérieurement créancier du délégué** :

Sauf s'il a agi avec intention libérale, le délégué qui a éteint la dette du délégant envers le délégataire pourra exercer un recours contre le délégant. Il pourra s'agir d'un **recours personnel** fondé sur le rapport inhérent à la délégation ou même d'un **recours subrogatoire**, soit **conventionnel** si consentie par le délégataire, soit même d'une subrogation **légale** de plein droit en raison de l'élargissement actuel du domaine d'application de cette subrogation<sup>345</sup>.

b) Dans les rapports entre délégant et délégataire.

Contrairement à la délégation novatoire, les rapports antérieurs à la délégation survivent. La dette du délégant à l'égard du délégataire subsiste jusqu'à l'exécution de l'obligation du délégué. **Le délégataire a donc deux débiteurs ce qui emporte des conséquences** :

→ Si le délégataire n'obtient pas son dû du délégué, il pourra agir contre le délégant,

→ Dans l'attente, le délégataire conserve toutes les sûretés (réelles et personnelles) et les actions dont était assortie sa créance primitive (d'où l'intérêt de cette forme de délégation pour le créancier).

**Remarques : 1°)** Mais, le délégant reste toujours un **débiteur principal** face au délégataire et ne devient pas un débiteur accessoire comme la caution. C'est la position de la doctrine dominante mais la question reste discutée<sup>346</sup>. La conséquence c'est que le délégant ne peut donc pas opposer les exceptions tirées des rapports entre délégué-délégataire ou de son rapport avec le délégué. Les textes issus de la réforme ne semblent pas trancher le débat.

**2°)** Si le délégant est libéré dès lors que le délégué exécute son obligation, inversement, le délégué sera libéré à l'égard du délégataire si le délégant décide, finalement, de payer sa dette primitive. C'est l'idée que si le délégataire a deux débiteurs, il n'est titulaire que d'une seule créance. C'est le sens de l'article 1338 al.2 qui dispose que le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence.

c) Dans les rapports entre délégué et délégataire.

L'obligation qui apparaît dans leur rapport est sans originalité. Il convient néanmoins de souligner une particularité notable de la nouvelle obligation qui pèse sur le délégué, c'est **l'inopposabilité des exceptions**.

---

<sup>345</sup>cf.F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1447, note 3, et renvoi n°1278.

<sup>346</sup>Marty, Raynaud & Jestaz, op.cit., n°438 ; Ripert et Boulanger, T.II, n°1786. Selon ces auteurs, le délégant ne serait qu'une sorte de garant qui ne pourrait être poursuivi qu'en cas de défaillance du délégué en vertu d'une sorte de bénéfice de discussion. *Contra*, F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1448 ; J.Flour *et alii*, op.cit. n°444. L'avant- projet *Catala* adopte, en revanche, la position du délégué considéré comme débiteur principal.■

C'est l'idée que **le délégué ne pourra opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant**. Cette règle, dégagée par la jurisprudence sans le soutien d'aucun texte, a été reprise à l'article 1336 al.2 qui **prévoit néanmoins la possibilité de stipuler dans la convention le contraire**.

Avec la même réserve, ce texte affirme **également que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions tirées des rapports entre le délégant et le délégataire**. Ce texte met fin à une divergence de solution au sein des chambres de la Cour de cassation<sup>347</sup>.

**Fondement de la règle** : une partie de la doctrine considérait ainsi que la délégation était un acte abstrait, et que l'engagement du délégué serait valable sans considération de la cause<sup>348</sup>. Cette explication est discutable pour deux raisons. *Primo*, la catégorie des actes abstraits n'existe pas en droit français, sauf cas rarissime (effet de commerce où la cause est remplacée par la forme). *Secundo*, cette explication ne vaudrait que pour les exceptions résultant de l'engagement du délégué, or la règle a une portée générale<sup>349</sup>. La véritable justification réside dans la nouveauté de l'engagement<sup>350</sup>. **Il s'agit d'un engagement nouveau et non d'un engagement transmis**.

Cette règle de **l'inopposabilité des exceptions** place le délégataire dans une **situation nettement plus favorable** que le cessionnaire d'une créance. Elle entraîne des conséquences importantes :

- le délégué reste tenu même s'il s'est obligé en croyant, par erreur, qu'il était débiteur,
- il en a de même si son engagement a été obtenu par la fraude du délégant. En revanche, un arrêt semble implicitement admettre **qu'il en irait autrement en cas de fraude du délégataire**<sup>351</sup>.

En revanche, la **situation du délégué est rigoureuse et risquée**. Certains juges, sous couvert d'équité, distinguent mal la délégation et la cession de créance pour pouvoir ainsi appliquer le principe de l'opposabilité des exceptions propre à cette dernière. Il est vrai que l'ambiguïté est réelle en matière de délégation incertaine où le délégué s'engage à payer au délégataire ce qu'il doit au délégant, ou ce que ce dernier doit au délégataire. Dans le premier cas, l'opération est alors grande avec les mécanismes translatifs (ex, cession de créance).

---

<sup>347</sup> Une décision de la 1<sup>ère</sup> chambre civile semble avoir néanmoins admis le contraire (Civ.1, 17 mars 1992, JCP 1992, II, 21922, note M.Billiau). Cette décision est en contradiction avec d'autres décisions de la chambre commerciale (Com 25 fév.1992, JCP 1992, II, 21922, note M.Billiau ; mais aussi Com.7 décembre 2004, Defrénois 2004, Defrénois 2005, art.38142, n°18 obs. E.Savaux). L'article 1336 al.2 semble prendre position en faveur de la jurisprudence de la Chambre commerciale.

<sup>348</sup> Capitaint, *De la cause des obligations*, n°176 & suiv.

<sup>349</sup> P.Malaurie, L.Aynès & P.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1468.

<sup>350</sup> Marty, Raynaud & Jestaz, *op.cit.*, n°440.

<sup>351</sup> Com.22 avril 1997, JCP 1998.II.10050, note Lachière ; Def.1997.1002, obs.Mazeaud.

## 2. Les effets à l'égard des tiers.

En tant que technique contractuelle, la délégation demeure soumise au principe de l'effet relatif des conventions. Conformément à ce dernier, elle n'engendre à l'égard des tiers aucun droit et aucune obligation. Elle leur est néanmoins opposable. Les créanciers du délégataire peuvent ainsi saisir sa créance, à la condition de le faire, de préférence, entre les mains du délégué et du délégant.

En revanche, les créanciers du délégant peuvent-ils faire de même et saisir la créance dont dispose ce dernier sur le délégué ? La difficulté provient du fait que le délégant ne reste le créancier du délégué que sous condition de la non-exécution par celui-ci de son obligation envers le délégataire. C'est dans ces conditions que la créance du délégant continue d'exister dans son patrimoine aux yeux des tiers<sup>352</sup>. La question a été tranchée par la jurisprudence<sup>353</sup> et reprise par l'article 1339 al.2.

### 2§ LA DELEGATION PARFAITE.

---

On l'appelle également la **délégation novatoire** car elle s'affirme comme la combinaison entre une **délégation** et une **novation**. Avec cette délégation, le délégant obtient deux choses : que le délégué s'engage envers le délégataire, et que ce dernier le décharge de sa propre obligation. Autrement dit, **l'obligation nouvelle du délégué va faire disparaître l'ancienne obligation du délégant**. Il s'agit là d'une des formes de la novation par changement de débiteur qui exige l'accord des trois personnes concernées<sup>354</sup>.

Contrairement à la précédente, la délégation novatoire constitue **l'exception** car elle entraîne la disparition du débiteur primitif, ce que le délégataire a toutes les raisons de refuser. En revanche, l'opération est très intéressante pour le délégant qui se trouve déchargé immédiatement et non à terme et sous réserve de l'exécution du délégué. Enfin, l'option entre les deux formes présente un intérêt neutre pour le délégué. Nous envisagerons successivement les **conditions** de l'opération (A) et ses **effets** (B).

#### A. Les conditions

Parce qu'elle combine deux techniques, la délégation parfaite doit respecter les conditions propres à chacune d'elles.

**S'agissant des conditions résultant de la délégation**, il suffira de renvoyer à la SECTION précédente : pas de formalisme, nécessité du consentement des trois parties.

**S'agissant des conditions résultant de la novation**, on renverra au TITRE III du présent cours. Néanmoins, pour qu'il y ait novation, il faut nécessairement *l'animus novandi*,

---

<sup>352</sup>cf.Com.4 avril 1996, précité.

<sup>353</sup> Cf. *supra*, 2§, A, 1, note 95 et 96

<sup>354</sup>A la différence de *l'expromissio* qui peut s'opérer sans le consentement du premier débiteur (anc.art.1274).

c'est-à-dire l'intention de nover et donc l'intention d'éteindre une obligation et d'en créer corrélativement une autre. Cet *animus novandi* doit s'être manifestée ; or le code civil exige, en matière de délégation novatoire, que la volonté du délégataire de décharger le délégant « *résulte expressément de l'acte* » (art.1337 al.1 c.civ. ; anc.art.1275)..

Il s'agit d'une différence avec le régime général de la novation qui exige seulement que la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte (art.1330 c.civ. ; anc. art. 1273 c.civ.). Avec sa formule l'article 1337 paraît marquer une exigence renforcée. Pourtant, et même si la doctrine confirme cette plus grande intensité de la démonstration de l'*animus novandi* dans l'art.1337, la jurisprudence ne paraît guère donner une portée différente aux deux expressions. La preuve d'une volonté claire et certaine paraît suffisante<sup>355</sup>.

## B. Les effets

Si les effets à l'égard des tiers n'appellent aucune observation supplémentaire, les rapports entre les différentes parties méritent quelques développements en raison de la dimension novatoire de cette forme de délégation.

### 1. Les effets dans les rapports délégant-délégataire.

La délégation novatoire produit un **effet extinctif immédiat de l'obligation du délégant envers le délégataire**. Ce dernier n'aura toujours qu'un seul débiteur qui est désormais le délégué. Il n'a plus de recours contre le délégant (anc.art.1276).

**La situation est donc assez rigoureuse pour le délégataire qui perd toutes les sûretés qui garantissaient sa créance à l'encontre du délégant.** L'article 1337 al.2 (anc.art.1276) atténue un peu cette rigueur en prévoyant que *le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué*. On se rapproche alors nettement d'un cas de délégation imparfaite !

De plus, cette disposition considère que ce recours subsiste même de plein droit si le délégué était déjà insolvable au moment de la délégation. C'est le cas, selon l'article 1237 al.2, si le délégué se trouve « *soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation* ». Ce recours rend le délégant garant de la solvabilité actuelle du délégué.

En tous les cas, dans ces situations, c'est l'action découlant de la créance primitive qui survit avec ses accessoires et garanties<sup>356</sup>.

### 2. Les effets dans les rapports délégant-délégué.

---

<sup>355</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1453.

<sup>356</sup>H, L, J. Mazeaud & F.Chabas, op.cit., n°1243. *Contra* Aubry & Rau, §324, note 51 (recours indemnitaire et chirographaire).

A l'instar de l'obligation du délégant envers le délégataire, l'obligation du délégué envers le délégant disparaît-elle ?

Même si l'effet novatoire ne paraît affecter que le rapport délégant-délégataire, nombre d'auteurs considèrent que la créance du délégant sur le délégué disparaît en même temps que celle du délégataire sur le délégant. Cette solution résulterait du bon sens et pourrait se justifier pour **deux raisons** :

- le délégué qui est désormais engagé envers le délégataire n'entend pas payer 2 fois,
- dès lors que le délégant est libéré (car novation par changement de débiteur), il n'aura plus à recourir contre le délégué, et sa créance ne lui sert plus à rien.

Le **fondement juridique** d'une telle solution varie selon les auteurs. Selon certains, l'explication résiderait dans la **volonté, implicite mais évidente**, du délégant et du délégataire<sup>357</sup>. Pour d'autres, la solution reposerait sur une **double novation**. La novation par changement de débiteur qui impose l'arrivée du délégué et, surtout, une novation par changement de créancier pour le délégué qui serait désormais déchargé de son obligation envers le délégant pour être obligé envers le délégataire<sup>358</sup>.

Ce dernier fondement est critiquable dans la mesure où la novation ne se présume point et doit résulter clairement de l'acte. Rien n'explique donc que d'une novation, on puisse en déduire une seconde par présomption.

Face à de telles incertitudes, d'autres auteurs considèrent que, sauf manifestation de volonté contraire, **la libération du délégant envers le délégataire n'emporte pas la libération du délégué envers le délégant**<sup>359</sup>. Cette solution semble la plus conforme aux principes.

### 3. Les effets dans les rapports délégué-délégataire.

La création de l'obligation nouvelle obéit aux mêmes règles que dans la délégation simple. La règle de l'inopposabilité des exceptions trouve à s'appliquer.

Une difficulté demeure néanmoins en présence de la délégation novatoire s'agissant de l'exception de nullité de l'obligation primitive (délégataire-délégant). Cette question controversée n'est pas résolue. Le **délégué devrait pouvoir l'opposer au délégataire** pour les raisons suivantes : la novation suppose une obligation valable à éteindre, l'absence de cette condition entraîne la nullité de la délégation<sup>360</sup> (à ne pas confondre avec l'obligation délégué-délégataire qui n'est pas concernée par la novation).

Cette **explication est rejetée** par d'autres qui distinguent les deux phases<sup>361</sup> :

---

<sup>357</sup>Marty, Raynaud & Jestaz, *op.cit.*, n°434.

<sup>358</sup>Com 28 avril 1987, RTDCiv.1987.760 J.Mestre.

<sup>359</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1455 ; J.Flour *et alii.*, *op.cit.*, n°445.

<sup>360</sup>Marty, Raynaud & Jestaz, *op.cit.*, n°432.

<sup>361</sup>F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1457.

- la nullité empêche la novation de produire son effet extinctif donc,
- on est en présence d'une simple délégation et la règle de l'opposabilité des exceptions s'applique naturellement.

## ***SECTION 2 : LA CESSION DE DETTE***

---

La cession de dette est **l'opération par laquelle un débiteur (le cédant) transfère à une autre partie (le cessionnaire) la dette dont il est tenu envers un créancier (le cédé)**. L'ordonnance du 16 février 2016 permet expressément cette opération. La lecture des articles 1327 à 1328-1 du code civil consacrés à la cession de dette permettent de mettre en évidence les **conditions** (1§) et le **régime juridique spécifique** de l'opération (2§).

### **1§ LES CONDITIONS**

---

Nous rappellerons les conditions de validité (A) et celles relatives à l'opposabilité (B).

#### **A. Les conditions de validité**

Cette opération requiert le **consentement des trois parties à l'opération**.

L'article 1327 précise ainsi qu'un « *débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette* ». Le consentement sera donc requis du **cédant** (ancien débiteur), du **cessionnaire** (nouveau débiteur) mais également, et surtout, du **cédé** à savoir le créancier. Cette exigence d'un consentement tripartite apparaît comme une différence avec la cession de créance. La question se pose néanmoins de savoir si le consentement du créancier est une condition de validité de l'opération ou simple condition d'opposabilité. Si la lettre du texte semble conduire à retenir la première solution, certains auteurs restent néanmoins assez critique et en appelle à une interprétation jurisprudentielle empreinte de souplesse<sup>362</sup>. L'intérêt pratique de la question résidant bien évidemment dans la valeur accordée à une cession convenue entre les seuls débiteurs<sup>363</sup>.

En tous les cas, la nécessité de l'accord du créancier est nécessaire et conduit à s'interroger sur les modalités possibles de cet accord. Il peut intervenir de 2 manières :

- Soit lors de la cession (ou lorsqu'elle lui sera notifiée, *cf. infra*),
- Soit, selon l'article 1327-1, il peut être donné par avance. Il en irait ainsi, par exemple, si le consentement était donné dans le contrat initial conclu entre le créancier et le débiteur.

---

<sup>362</sup> M.Julienne, *op.cit.*, n°236.

Au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, la cession de dette apparaissait comme une convention consensuelle contrairement à la cession de créance qui était devenue un contrat solennel avec la réforme. La loi de ratification du 20 avril 2018 est venue modifier l'article 1327 sur ce point en y ajoutant un alinéa 2 qui précise que la cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. La cession de dette devient donc également un contrat solennel<sup>364</sup>.

## B. Les conditions d'opposabilité.

L'article 1327-1 précise que le **créancier**, s'il a par avance donné son accord à la cession **et n'y est pas intervenu, ne peut se voir opposer la cession de dette ou s'en prévaloir** qu'après l'accomplissement d'une formalité complémentaire. Il faut donc bien comprendre qu'il y a une différence entre le moment où la cession est valable et reçoit l'accord du créancier et le moment où elle s'impose à lui après la réalisation des formalités d'opposabilité.

Cette formalité d'opposabilité consistera soit en une **notification, soit en une prise d'acte**. Cette notion suscite les mêmes interrogations qu'en matière de cession de créance (*cf. supra*).

## 2§ LE REGIME JURIDIQUE

---

La cession de dette emporte un effet translatif (A) et conduit à s'interroger sur le sort des exceptions (B).

### A. L'effet translatif

La cession de dette emporte un effet translatif de la dette préexistante du cédant au cessionnaire. Le cessionnaire devient donc le débiteur du créancier en lieu et place du débiteur initial. Le cessionnaire supporte donc désormais la dette qui était celle du cédant avec les mêmes caractéristiques (civile ou commerciale, contractuelle ou délictuelle), sa durée, son montant, etc... Néanmoins, la portée de cet effet translatif doit être exactement précisée dans la mesure où cet effet ne paraît être complet dans toutes les situations. Dans la cession de créance, le transfert de la créance au cessionnaire entraîne pour le cédant la perte de son droit. En matière de cession de dette, la cession par le cédant n'entraîne pas *ipso facto* la perte de la dette par ce dernier. Il convient de distinguer et **deux cas doivent être envisagés** selon l'article 1327-2 :

- Soit le créancier donne un **consentement exprès à cette libération** : dans ce cas, le débiteur originaire **sera alors libéré pour l'avenir**. Il y a alors décharge

---

<sup>363</sup> Sur ce point et le caractère tripartite de l'opération, F.Terré, P.Simler & Y.Lequette & F.Chénédé, *op.cit.*, n°1659 ; O.Deshayes, Th.Genicon & Y-M. Laithier, *op.cit.*, p.655.

<sup>364</sup> Cette modification de nature de la cession de dette devient applicable pour les actes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018.



définitive du débiteur initial<sup>365</sup> et une **substitution de débiteur**. Certains évoquent alors une « *cession libératoire ou parfaite* »<sup>366</sup>.

- Soit **aucun consentement exprès n'est donné par le créancier** : alors, le **débiteur originaire restera tenu solidairement** au paiement de la dette, sauf clause contraire. Il y a donc ici **une adjonction de débiteur et non plus une substitution**, des auteurs évoquent alors une « *cession cumulative ou imparfaite* »<sup>367</sup>.

L'article 1328-1 apporte deux précisions intéressantes, L'une porte sur le sort des sûretés qui garantissaient la dette du débiteur primitif. En effet, lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, **les sûretés consenties par le débiteur originaire ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord**. On précisera que si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.

L'autre porte sur la cession de dette réalisée par un codébiteur solidaire. En effet, dans ce cas-là, les autres codébiteurs solidaires ne sont pas libérés puisque l'article 1328-1 al.2 précise que si le « *cédant est déchargé, ses codébiteurs restent tenus déduction faite de sa part dans la dette* ». Cette solution interpelle car elle est contraire à celle qui existe en matière de novation par changement de débiteur, opération permettant également une transmission de dette. En effet, dans ce dernier cas, la novation libère l'ensemble des débiteurs même lorsqu'elle est consentie à un seul d'entre eux (art.1335)<sup>368</sup>.

## B. Le régime des exceptions

Parce que la cession de dette entraîne le transfert de la dette initiale et non modifiée au nouveau débiteur (cessionnaire), l'opération est donc naturellement régie par le **principe de l'opposabilité des exceptions**. C'est ce que rappelle l'article 1328 qui conduit néanmoins à distinguer **deux catégories d'exceptions** :

- les **exceptions inhérentes à la dette**, telles que la nullité, l'exception d'inexécution ou de nullité, la résolution ou la compensation de dettes connexes : elles peuvent **être opposées au créancier par le débiteur substitué**, voire par le débiteur originaire s'il reste tenu.
- les **exceptions personnelles au débiteur** substitué ou débiteur originaire : chacun pourra les opposer au créancier. Cette catégorie n'est pas sans évoquer celle que l'on retrouve en matière de solidarité passive (cf. *supra*).

---

<sup>365</sup> Sur ce point, la cession de dette ne présente guère d'intérêt si on doit la comparer avec la novation par changement de débiteur ou même avec la délégation parfaite car ces opérations exigent toutes une décharge certaine voire expresse du débiteur initial.

<sup>366</sup> M.Julienne, *op.cit.*, 2<sup>ème</sup> ed., n°331.

<sup>367</sup> M.Julienne, *op.cit.*, 2<sup>ème</sup> ed., n°328.

<sup>368</sup> Une autre différence existe également entre les deux opérations aux termes de l'article 1337 al.2 car le délégant reste tenu si le délégué est soumis à une procédure d'apurement de ses dettes. Rien de tel pour la cession de dette.

En comparaison avec la délégation, on soulignera que la cession de dette présente un intérêt pour les débiteurs puisque les exceptions sont opposables alors que la règle de l'inopposabilité des exceptions s'impose pour la délégation<sup>369</sup>. Il y a donc là un enjeu important entre les deux techniques permettant la circulation passive de l'obligation.

## A SUIVRE

### Deuxième partie du cours :

- **PARTIE 2, TITRE 3 → FIN DU COURS : Mise en ligne le 26 Octobre 2020**

## TABLE DES MATIÈRES

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>  | <b>1</b>  |
| I. L'obligation est un lien .....   | 1         |
| A. Le devoir : .....  | 3         |
| B. Le possible : .....  | 4         |
| II. L'obligation est un bien .....  | 5         |
| <b>PARTIE 1 : LES AUTRES SOURCES DES OBLIGATIONS : LES QUASI-CONTRATS .....</b>       | <b>8</b>  |
| <b>CHAPITRE 1 : LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL.....</b>                             | <b>9</b>  |
| 1§ LES CONDITIONS DE LA GESTION D'AFFAIRES.....                                       | 9         |
| 2§ LES EFFETS DE LA GESTION D'AFFAIRES. ....  | 10        |
| A. Les obligations du gérant.....   | 11        |
| B. Les obligations du maître de l'affaire. ....                                       | 11        |
| <b>SECTION 2 : LE PAIEMENT DE L'INDU .....</b>  | <b>12</b> |
| 1§ LES CONDITIONS DU PAIEMENT DE L'INDU. ....   | 13        |
| A. Un paiement. ....  | 13        |
| B. Un paiement indu. ....   | 13        |
| C. Un paiement indu par erreur ? .....  | 14        |
| 2§ LES EFFETS. ....   | 16        |
| <b>SECTION 3 : L'ENRICHISSEMENT INJUSTIFIE .....</b>                                  | <b>17</b> |
| 1§ LES CONDITIONS DE L'ACTION. ....   | 17        |
| A. Un enrichissement et un appauvrissement corrélatif. ....                           | 17        |
| B. Une absence de justification à l'enrichissement. ....                              | 18        |
| C. Le respect de la condition de la subsidiarité.....                                 | 19        |
| 2 § LES EFFETS .....  | 19        |
| <b>CHAPITRE 2 : L'EXISTENCE DE QUASI-CONTRATS D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE ? .....</b> | <b>20</b> |
| <b>SECTION 1 : LE CONTENU DE LA CATEGORIE.....</b>                                    | <b>20</b> |
| <b>SECTION 2 : L'AVENIR DE CETTE CATEGORIE.....</b>                                   | <b>22</b> |
| <b>PARTIE 2 : LE REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS.....</b>                              | <b>23</b> |

<sup>369</sup> Sauf clause contraire, cf.art.1336 al.2.

|   |           |
|---|-----------|
| <b>TITRE I : LES MODALITES DES OBLIGATIONS .....</b>  | <b>24</b> |
| <b>CHAPITRE 1 : LES MODALITES AFFECTANT L'OBLIGATION EN ELLE-MEME .....</b>                                     | <b>24</b> |
| <b>SECTION I : LE TERME.....</b>  | <b>24</b> |
| 1§ LA NOTION DE TERME. ....   | 25        |
| A. La définition du terme. ....   | 25        |
| B. Les diverses sortes de terme. ....   | 26        |
| 2§ LES EFFETS DU TERME .....  | 28        |
| A. Le terme suspensif.....  | 28        |
| 1. Pendant la durée du terme.....   | 28        |
| 2. A l'échéance du terme.....   | 29        |
| B. Le terme extinctif.....  | 29        |
| 3§ LA DISPARITION DU TERME.....   | 29        |
| A. La renonciation. ....  | 30        |
| B. La déchéance .....   | 30        |
| <b>SECTION II : LA CONDITION.....</b>   | <b>31</b> |
| 1§ LES CONDITIONS DE VALIDITE. ....   | 31        |
| A. Un événement futur et incertain.....   | 32        |
| B. Un événement licite.....   | 32        |
| C. Un événement extérieur à la volonté du débiteur (i.e extérieur au pouvoir).....                              | 33        |
| a) La condition potestative, suspensive ou résolutoire .....  | 33        |
| b) La condition potestative pour le débiteur a cristallisé toutes les difficultés. ....                         | 34        |
| c) La condition potestative dans le contrat synallagmatique. ....   | 36        |
| d) Les conséquences de la potestativité. ....   | 36        |
| 2§ LES EFFETS DES CONDITIONS .....  | 36        |
| A. Les traits généraux.....   | 37        |
| B. Les effets de la condition suspensive. ....  | 37        |
| 1. La condition est pendante ( <i>pendente conditione</i> ).....  | 38        |
| 2. La disparition de l'incertitude.....   | 38        |
| 3) Appréciation de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition. ....                                 | 40        |
| C. Les effets de la condition résolutoire. ....   | 41        |
| 1. La condition est pendante. ....  | 41        |
| 2. La disparition de l'incertitude.....   | 41        |
| <b>CHAPITRE 2 : LES MODALITES AFFECTANT L'OBJET ET LES SUJETS DES OBLIGATIONS : LES OBLIGATIONS PLURALES 42</b> | <b>42</b> |
| <b>SECTION I : LA PLURALITE D'OBJETS. ....</b>  | <b>42</b> |
| 1§ L'OBLIGATION CUMULATIVE. ....  | 42        |
| 2§ L'OBLIGATION ALTERNATIVE ET L'OBLIGATION FACULTATIVE. ....   | 43        |
| A. La distinction des obligations alternatives et facultatives.....   | 43        |
| B. Les intérêts de la distinction. ....   | 45        |
| <b>SECTION II : LA PLURALITE DE SUJETS.....</b>   | <b>46</b> |
| 1§ L'OBLIGATION CONJOINTE. ....   | 47        |
| 2§ LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.....  | 48        |
| A. La solidarité entre créanciers (ou solidarité active). ....  | 48        |
| B. La solidarité entre les débiteurs (ou solidarité passive) .....  | 50        |
| 1. Les sources de la solidarité passive. ....   | 50        |
| a) la solidarité résulte de la convention, de la volonté des parties. ....                                      | 50        |

|   |           |
|---|-----------|
| b) la solidarité résulte de la loi. ....  | 51        |
| 2 .Les effets de la solidarité passive. ....  | 52        |
| a) Les rapports du créancier avec les codébiteurs (obligation à la dette). ....   | 52        |
| b) Les rapports des codébiteurs entre eux (contribution à la dette). ....   | 58        |
| 3. La fin de la solidarité. ....  | 60        |
| a) Le décès d'un codébiteur. ....   | 61        |
| b) La remise de solidarité. ....  | 61        |
| 3§ L'OBLIGATION A PRESTATION INDIVISIBLE. ....  | 62        |
| A. Les sources de l'indivisibilité. ....  | 62        |
| 1. L'indivisibilité naturelle (ou objective). ....  | 62        |
| 2. L'indivisibilité conventionnelle (subjective). ....  | 64        |
| B. Les effets de l'indivisibilité. ....   | 64        |
| 1. Effets en cas de pluralité de créanciers (indivisibilité active). ....   | 64        |
| 2. Effets en cas de pluralité de débiteurs (indivisibilité passive). ....   | 65        |
| <b>TITRE II : LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS</b> .....   | <b>65</b> |
| <b>CHAPITRE 1 : LA TRANSMISSION DES CREANCES</b> .....  | <b>66</b> |
| <b>SECTION I : LA CESSION DE CREANCE</b> .....  | <b>67</b> |
| 1°) Les titres négociables .....  | 68        |
| 2°) La cession par bordereau de créances professionnelles. ....   | 68        |
| 1§ LES CONDITIONS DE LA CESSION DE CREANCE. ....  | 69        |
| A. Les conditions de validité. ....   | 69        |
| B. Les conditions d'opposabilité. ....  | 70        |
| 1. Les règles d'opposabilité de l'article 1690 du code civil applicables à la cession de créance (avant la réforme). .... | 70        |
| 2. Les nouvelles règles d'opposabilité depuis l'ordonnance du 10 février 2016. ....                                       | 72        |
| 2§ LES EFFETS DE LA CESSION DE CREANCE. ....  | 74        |
| A. L'effet translatif de la cession de créance. ....  | 74        |
| 1. L'étendue de l'effet translatif. ....  | 74        |
| 2. Les limites de l'effet translatif. ....  | 76        |
| B. La garantie de la cession de créance. ....   | 77        |
| 1. La garantie légale. ....   | 77        |
| 2. Les aménagements conventionnels. ....  | 77        |
| <b>SECTION II : LA SUBROGATION PERSONNELLE</b> .....  | <b>78</b> |
| 1§ LES CAS DE SUBROGATION PERSONNELLE. ....   | 79        |
| A. La subrogation conventionnelle. ....   | 79        |
| 1. La subrogation consentie par le créancier ( <i>ex parte creditoris</i> ). ....   | 80        |
| a) La subrogation conventionnelle doit être expresse. ....  | 80        |
| b) La subrogation doit être faite en même temps que le paiement. ....   | 80        |
| c) Le paiement doit être le fait d'une tierce personne. ....  | 81        |
| 2. La subrogation consentie par le débiteur ( <i>ex parte debitoris</i> ). ....   | 82        |
| B. La subrogation légale. ....  | 83        |
| 2§ LES EFFETS DE LA SUBROGATION. ....   | 85        |
| A. L'effet translatif de la subrogation. ....   | 86        |
| 1. La transmission intégrale de la créance. ....  | 86        |
| 2. L'opposabilité des exceptions. ....  | 86        |

|   |            |
|---|------------|
| B. Les limites à l'effet translatif de la subrogation.....                  | 88         |
| 1°) La subrogation ne joue que dans la mesure du paiement.....              | 88         |
| 2°) La subrogation et le paiement partiel.....                              | 88         |
| <b>CHAPITRE 2 : LA TRANSMISSION DES DETTES. ....</b>                        | <b>90</b>  |
| <i>SECTION 1 : LA DELEGATION.....</i>                                       | <i>91</i>  |
| 1§ LA DELEGATION IMPARFAITE. ....   | 93         |
| A. Les conditions. ....   | 93         |
| 1. Les conditions de forme. ....  | 93         |
| 2. Le consentement. ....  | 93         |
| 3. L'existence de rapports antérieurs entre les différentes parties ? ..... | 94         |
| B. Les effets. ....   | 95         |
| 1. Les effets à l'égard des parties. ....                                   | 95         |
| a) Dans les rapports entre délégant et délégué.....                         | 95         |
| b) Dans les rapports entre délégant et délégataire. ....                    | 97         |
| c) Dans les rapports entre délégué et délégataire.....                      | 97         |
| 2. Les effets à l'égard des tiers. ....                                     | 99         |
| 2§ LA DELEGATION PARFAITE.....  | 99         |
| A. Les conditions .....   | 99         |
| B. Les effets .....   | 100        |
| 1. Les effets dans les rapports délégant-délégataire. ....                  | 100        |
| 2. Les effets dans les rapports délégant-délégué. ....                      | 100        |
| 3. Les effets dans les rapports délégué-délégataire.....                    | 101        |
| <i>SECTION 2 : LA CESSION DE DETTE .....</i>                                | <i>102</i> |
| 1§ LES CONDITIONS.....  | 102        |
| A. Les conditions de validité .....   | 102        |
| B. Les conditions d'opposabilité. ....                                      | 103        |
| 2§ LE REGIME JURIDIQUE.....   | 103        |
| A. L'effet translatif .....   | 103        |
| B. Le régime des exceptions.....  | 104        |