
Licence en droit

Troisième année

Semestre 1

DROIT CIVIL

Régime général des obligations

Partie 2

M. Serge VICENTE

Maître de conférences

TITRE III : L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

A lire les anciennes dispositions du code civil (anc.art.1234), il y avait **9 causes d'extinction des obligations** : paiement, novation, remise volontaire, compensation, confusion, perte de la chose, nullité ou rescision, condition résolutoire et la prescription. Cette liste supporte **3 critiques** :

- **elle est inexacte** car **l'obligation nulle** n'a pas d'existence juridique et ne peut donc être éteinte. Seul peut l'être ce qui existe. De plus, la **condition résolutoire** n'éteint pas à proprement parler l'obligation mais fait plutôt disparaître rétroactivement l'obligation. D'ailleurs, cette condition est surtout une modalité de l'obligation qui marque d'incertitude son existence même. Enfin, la **perte de la chose** constitue un cas fortuit qui ne supprime pas l'obligation mais dispense de l'exécuter lorsque l'engagement du débiteur a pour objet un corps certain¹.

- la liste est **incomplète** : c'est ainsi que la notion de **terme extinctif** n'y apparaît pas, tout comme le **décès du débiteur** (en cas d'obligation *intuitus personae*) ou encore la **révocation volontaire** qu'elle soit bilatérale (*mutuus dissensus*) ou unilatérale (faculté de se dédire ou révocation des libéralités). On pourrait même citer la délégation qui n'est présente dans le code que de manière incidente à propose de la novation par changement de débiteur.

- la liste est **formelle** car si la novation éteint, juridiquement, l'obligation, ce n'est que pour en créer une nouvelle. Economiquement, il y a plutôt une transformation. En fait, de manière globale, la novation constitue un tout que l'on ne peut réduire à l'une des parties (opération complexe extinction-crétation). De même, pour la délégation.

- la liste est **hétéroclite** car aucun principe de classement ne s'en dégage.

Les nouvelles dispositions du code (art.1342 et suiv.) procèdent différemment puisqu'aucune énumération n'est faite. Néanmoins, le chapitre IV, consacré à l'extinction de l'obligation, envisage **5 causes d'extinction** (paiement, compensation, impossibilité d'exécuter, remise de dette et confusion). Le constat est donc le même que précédemment à savoir que la liste des cas d'extinction est incomplète.

¹ Ainsi en matière d'obligation alternative, la perte de la chose laisse subsister l'obligation sous la seconde forme prévue et supprime simplement le choix.

Pourtant, en partant de l'idée simple que l'obligation a pour seule utilité de satisfaire le créancier², on constate qu'il y a deux façons d'éteindre l'obligation. En effet, il y a soit le **mode normal** qui permet de procurer une **satisfaction au créancier** (CHAPITRE I), soit le **mode anormal** d'extinction qui **ne donne pas satisfaction au créancier** car l'obligation va disparaître sans avoir rempli son objet (CHAPITRE II).

CHAPITRE I L'EXTINCTION PAR SATISFACTION DU CREANCIER

Parmi les causes d'extinction des obligations qui confèrent une satisfaction au créancier, une place à part doit être réservée au paiement qui n'est autre que le mode naturel de réalisation des obligations. Le paiement vise donc à éteindre l'obligation en **fournissant directement au créancier** la satisfaction initialement prévue. Mais au-delà de ce mode d'extinction directe de l'obligation que constitue le paiement pur et simple (SECTION I), elle peut aussi s'éteindre en apportant au créancier une **satisfaction indirecte**, c'est-à-dire une forme de satisfaction autre que celle initialement prévue (SECTION II)³.

SECTION I : L'EXTINCTION PAR SATISFACTION DIRECTE 4

L'obligation est un lien de droit unissant un créancier et un débiteur. Le dénouement de ce lien consiste normalement dans son exécution, c'est à dire dans le **paiement qui n'est autre que l'extinction de l'obligation par son exécution**. Le paiement traduit ainsi une extinction complète, immédiate et directe. L'extinction de l'obligation est normalement volontaire et spontané. Il n'y a là que la traduction de la force obligatoire du lien de droit, même si ce principe ne manifeste alors aucune de ses conséquences.

Mais à côté de ce **paiement volontaire** (SOUS-SECTION I), l'exécution de l'obligation peut se heurter à l'inertie ou au mauvais vouloir du débiteur. Le créancier va alors faire usage des moyens de droit que la loi attache à l'effet obligatoire de l'obligation. Il s'agit alors du **paiement forcé** de l'obligation, autrement dit de l'extinction de l'obligation contre la volonté du débiteur (SOUS-SECTION II).

²La notion de paiement vient du latin *paco, are*, qui signifie pacifier, apaiser, satisfaire.

³Sur cette distinction, F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1292.

⁴Cf. aussi sur cette distinction, Marty, Raynaud et Jestaz, op.cit., n°192.

SOUS-SECTION I : L'EXTINCTION VOLONTAIRE DE L'OBLIGATION : LE PAIEMENT

« *Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due* » (art.1342). C'est en définitive le mode normal d'accomplissement de l'obligation. Le paiement a donc une double vocation puisqu'il est à la fois **exécution et extinction** de l'obligation⁵. « *L'acte d'exécution est au cœur du paiement* »⁶ : l'un ne se conçoit pas sans l'autre, de sorte que si la dette est éteinte autrement que par son exécution, il n'y a pas de paiement⁷. Cette double réalité a d'ailleurs alimenté la controverse sur la nature juridique du paiement⁸.

L'actuel développement d'une certaine mécanisation des paiements, essentiellement en matière bancaire, conduit à mettre en relief les particularités que comportent aujourd'hui les paiements de somme d'argent. Nous envisagerons donc les règles spéciales au paiement des obligations de somme d'argent (2§) après avoir présenté les règles générales à tous les paiements volontaires (1§). Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 reprennent cette subdivision entre les deux catégories de règles relatives au paiement aux articles 1342 à 1342-10 (règles générales) et 1343 à 1343-5 (règles pour les obligations de somme d'argent).

⁵ Par exemple l'effacement d'une dette locative à l'issue d'une procédure de traitement du surendettement ne constitue pas un paiement. En conséquence, cet effacement ne supprime pas l'inexécution qui en est à l'origine et n'empêche pas le juge d'apprécier, dans l'exercice de son pouvoir souverain, si le défaut de paiement justifie le prononcé de la résiliation du bail, Cass.Civ.2, 10 janv. 2019, n°17-21774, JCP G 2019, Doct. 749, n° 9, obs. M.Billiau.

⁶ J.Ghestin, M.Billiau & G.Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, op.cit., n°529.

⁷ Pour une illustration récente, cf. Cass.Civ.2, 27 février 2014, RDBancaire et fin. 2014, comm.113, note S.Piedelièvre, arrêt qui retient que l'extinction de la créance d'une société (prêteur), du fait de l'effacement des dettes de sa débitrice (acquéreur d'un véhicule financé), consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur (en présence d'une clause de réserve de propriété).

⁸ Le paiement est-il un acte juridique ou un fait juridique ? Traditionnellement, le paiement était analysé en un acte juridique (dans ce sens, Cass. Civ.1, 19 octobre 1999, RTDCiv.2000, 117). Plus récemment, la cour de cassation a considéré que la preuve du paiement qui est un fait pouvait être rapporté par tous les moyens (Cass.civ. 1, 6 juillet 2004, JCP 2004 II 10193, note S.Piedelièvre ; sur la question cf.JCP 2006, G, I, 171, G.Loiseau). Il est vrai qu'un auteur avait défendu l'idée que le paiement était un fait juridique produisant l'extinction de l'obligation par l'effet que la loi attache à certains actes en dehors de la volonté des parties (N.Catala, *La nature juridique du paiement*, LGDJ 1961). En réalité, il semble bien que **le paiement est en un acte complexe qui participe des deux qualifications**. Ainsi, il est une **convention** dans la mesure où lorsque le débiteur exécute son obligation, le créancier constatera que l'exécution est satisfaisante. Il y a donc bien la rencontre de deux volontés. Mais la volonté des parties est-elle bien libre à partir du moment où ils sont liés par l'obligation, et ce que doit le débiteur déterminé par l'objet. Mais, dans certains cas, **l'obligation est éteinte sans la volonté du débiteur** (paiement fait par un tiers, imputation des paiements faits par le créancier, compensation jouant de plein droit) ou sans **celle du créancier** (l'ancienne procédure des offres réelles). En dépit d'une confirmation de l'arrêt de 2004 et d'un choix pour la qualification de fait juridique, le débat ne semble pas définitivement clos. La réforme ne tranche pas vraiment le débat mais ôte une partie de l'intérêt à la controverse relative à la nature juridique du paiement en affirmant que le paiement se prouve par tous moyens (art.1342-8).

1§ LES REGLES GENERALES A TOUS LES PAIEMENTS

Pour analyser ces règles générales communes à tous les paiements, on présentera successivement les conditions (A), les incidents de paiement (B), la preuve du paiement (C), et enfin, les effets du paiement (D).

A. Les conditions du paiement.

Les conditions du paiement peuvent être relatives aux parties (1), à l'objet (2) ou aux circonstances (3).

1) Les conditions relatives aux parties.

Une précision s'impose. Les parties à l'obligation, qu'étaient le créancier et le débiteur, vont devenir dans le cadre du paiement respectivement *l'accipiens* (celui qui reçoit le paiement) et le *solvens* (celui qui paye).

► Dans la plupart des cas, **le débiteur sera le solvens**. Dans la mesure où le paiement reste un acte juridique, le paiement réalisé pour soi-même⁹ exige la capacité. Il s'agit là d'un acte d'administration.

Si le débiteur est généralement le *solvens*, il n'en est pas toujours ainsi et l'article 1342-1 rappelle que *le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier* ; démontrant ainsi que la personnalité du *solvens* est indifférente.

Parmi ces tiers susceptibles de réaliser le paiement, on peut citer le cas :

- du **donateur** (souhaitant réaliser une donation indirecte au débiteur),
- voire aussi le cas des **tiers ayant un intérêt au paiement**. Parmi ces tiers intéressés au paiement, on peut relever le cas des coobligés, des cautions ou même le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette (tenu réellement et non personnellement),
- Ou encore le cas de celui qui n'a aucun intérêt à payer sans pour autant réaliser une intention libérale (*ie*, une donation) ; c'est le cas du gérant d'affaires.

⁹ Dans d'autres cas, on sait que le paiement peut être fait pour autrui (cas du solvens qui paye pour un autre). Dans ce cas-là, la capacité exigée est la capacité de disposer.

L'article 1342-1 précise que le paiement réalisé par un autre que le débiteur peut avoir lieu, **sauf refus légitime du créancier**. Cette réserve vise en réalité des cas exceptionnels où le **paiement ne pourra pas être fait par autrui**, il en va ainsi :

- quand le créancier ou le débiteur ont un intérêt à ce que l'exécution soit l'œuvre du débiteur lui-même (anc.art.1237). C'est le cas de **l'obligation contractée intuitu personae**,

- si le créancier a un **intérêt légitime à refuser** le paiement du tiers, et notamment si le paiement est de nature à lui causer un préjudice ou à le priver d'un avantage¹⁰,

- si le **créancier et le débiteur sont d'accord pour le refuser**¹¹.

► **Contrairement au solvens, on considère que la personnalité de l'accipiens est essentielle. C'est généralement le créancier.** L'article 1342-2 précise ainsi que le « **paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir** ». Il convient donc d'attirer l'attention du débiteur sur le fait qu'il doit donc vérifier la qualité de celui auprès de qui il s'apprête à payer. En effet, s'il devait payer entre les mains d'une personne sans qualité, il resterait toujours tenu de payer sa dette¹². C'est la règle « *Qui paie mal, paie deux fois* ».

S'agissant du créancier *accipiens*, il doit avoir la capacité de recevoir le paiement (ici, la capacité de disposer de ses droits)¹³. Néanmoins, l'article 1342-2 apporte ici un tempérament en précisant que le « **paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit** ». Autrement dit, le débiteur ne devra pas repayer, si malgré l'incapacité du débiteur, le paiement lui a profité¹⁴.

Dans d'autres cas, le paiement est fait, selon l'article 1342-2 al.1, entre les mains de la « **personne désignée pour le recevoir** ». Cette dernière formule recouvre plusieurs hypothèses:

¹⁰ Civ, 24 juin 1913, DP.1917.I.38 (vente moyennant rente viagère. Le vendeur refusait le payement d'arrérages impayés proposé par un tiers, car le débirentier, étant tombé en faillite et le vendeur voulait obtenir la résolution de la vente).

¹¹ Civ.2, 29 mai 1953, D.1953.516 (encore faut-il que le refus soit justifié !!).

¹² Même s'il conserve une action en paiement de l'indu contre celui qui a reçu le paiement...

¹³ C'est ce que rappelait l'ancien article 1241 du code civil. Cette exigence devrait perdurer.

¹⁴ Cas du créancier mineur qui reçoit un paiement mais qui n'a pas dilapidé la somme mais l'a, au contraire, placée...

- **le paiement peut ainsi être fait à un mandataire.** Dans ce cas précis, le mandat peut être exprès ou tacite, aussi bien légal, judiciaire¹⁵ ou le plus souvent conventionnel. Le pouvoir de recevoir le paiement est généralement donné au mandataire avant la réalisation du paiement. Néanmoins, l'article 1342-2 al.2 précise que le « *paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie* ». La ratification postérieure peut donc toujours valider l'opération.

- le paiement fait au **créancier apparent** est également valable et libératoire dès lors que le *solvens* est de bonne foi et ignore donc son défaut de qualité (art.1342-3). Dans ce cas le titre du véritable créancier s'éteindra contre le débiteur.

- Exemple : l'héritier apparent du créancier qui reçoit le paiement du *solvens* alors que ce dernier ignore que le droit de l'héritier a été révoqué. De même, c'est le cas du paiement fait entre les mains du créancier originaire qui a toutefois perdu cette qualité suite au transfert à autrui de sa créance (ex, cession de créance) alors que le débiteur *solvens* n'en a pas été prévenu.

2) Les conditions relatives à l'objet.

Les articles 1342-4 et 1342-5 énoncent les règles applicables à tous les paiements. Elles peuvent se résumer en deux points : le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui avait été promis (a) et le paiement ne peut être partiel (b).

a) L'accipiens doit recevoir la chose même, et le débiteur ne pourra se libérer qu'en fournissant la prestation même qui constitue l'objet de son obligation (dans ce sens, art.1342-4). Réserve faite du particularisme des obligations de somme d'argent (cf.*infra*), la règle s'applique à toutes les obligations ayant pour objet une chose avec toutefois quelques précisions :

- en présence d'une **chose de genre** convenu dans sa qualité et sa quantité. Sauf si la qualité a été expressément prévue (cas fréquent), l'article 1166 précise que le débiteur devra « *offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la*

¹⁵Pour un séquestre judiciaire, Civ.1, 17 fév.1998, B.I, n°64.

contrepartie ». L'ancien article 1246 se référait quant à lui à une chose de qualité moyenne. ¹⁶.

- en présence d'un **corps certain**, le débiteur devra se libérer en fournissant cette chose (art.1342-5, anc.art.1245).

Ce principe selon lequel le créancier ne peut recevoir autre chose que ce qui lui est dû, comporte toutefois une **exception** notable où le créancier va recevoir une chose différente : la **dation en paiement**. C'est le fait de donner en paiement au créancier autre chose que ce qui lui est dû¹⁷, le créancier donnant alors son accord (dans ce sens art.1342-4 al.2).

b) L'accipiens doit recevoir la chose en sa totalité, dans son intégralité, autrement dit le paiement doit être intégral. Cette règle prohibe le paiement partiel (art.1342-4 al.1), autrement dit le paiement est indivisible même si la dette est elle-même divisible (somme d'argent, quantité de marchandises par exemple). L'explication du paiement partiel résulte notamment de la gêne qu'un tel paiement pourrait occasionner au créancier d'une obligation notamment en nature. Le principe connaît des **atténuations** mais également des **dérogations**.

► Au titre des **atténuations**, on relèvera que :

→ le créancier peut accepter volontairement des paiements partiels ou fractionnés. C'est le cas lorsqu'il en va de son intérêt comme en matière d'acompte qui n'est autre qu'un paiement partiel fait en avance du paiement final.

→ la convention a pu prévoir des paiements échelonnés, c'est le cas en matière d'échelonnements de prêts.

► S'agissant des **dérogations** :

→ l'extinction partielle s'impose au créancier si le débiteur invoque la compensation à concurrence d'une partie de sa dette. En effet, parce qu'elle opère de plein droit dès que les conditions sont réunies, le créancier sera obligé d'accepter pour le reste un paiement partiel.

→ De même, le créancier devra se contenter d'un paiement partiel si le débiteur décède laissant ainsi plusieurs héritiers. En effet, la dette se divise entre eux de plein droit (art.1309)¹⁸.

¹⁶ Ancien art. 1246 « le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ». .

¹⁷ Cf.*infra*, pour son étude complète.

¹⁸ C'est le cas aussi des cautions, non solidaires, lorsqu'elles invoquent le bénéfice de division (art.2303 al.1).

3) Les conditions relatives aux circonstances.

S'agissant du moment du paiement, Le paiement doit être fait au moment où la dette devient exigible (art.1342). Si la dette est contractuelle¹⁹ et qu'un terme a été stipulé, c'est au moment de l'échéance prévue. Mais, l'arrivée du terme ne constitue pas de plein droit le débiteur en demeure (nécessité d'une mise en demeure). Cependant, le juge peut toujours accorder des délais de grâce au débiteur (art.1343-5, anc.1244-1, c.civ.), sauf pour les dettes d'aliments²⁰.

Si la dette ne comporte pas de terme déterminé, le débiteur ne sera tenu de payer qu'au moment de sa mise en demeure.

S'agissant du lieu du paiement, l'article 1342-6 (anc.1247 al.3) dispose qu'à « *défaut d'une autre désignation par la loi²¹, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait **au domicile du débiteur*** ». C'est le **principe de quérabilité des dettes**. En effet, le principe est que les dettes sont **quérables** et non **portables**, c'est-à-dire que le créancier doit venir « **chercher** » son dû auprès du débiteur et donc se déplacer à son domicile pour recevoir le paiement. Le débiteur n'a pas à venir « **porter** » au créancier. En revanche, l'article 1343-4 prévoit la règle contraire en matière d'obligations de somme d'argent car le paiement est alors portable : le lieu du paiement est alors le domicile du créancier.

En toutes hypothèses, l'article 1342-6 rappelle que le principe **est néanmoins purement supplétif**, et les parties peuvent y déroger dans la convention en prévoyant un autre lieu²².

Remarque : le **sens pratique de la règle de la quérabilité** des dettes s'explique par une différence quant à l'initiative des opérations de paiement. Lorsque la dette est quérable, cela revient à considérer que le créancier ne peut pas valablement poursuivre le débiteur (ou le mettre en demeure) s'il ne lui a pas demandé le paiement (par un courrier adressé à son domicile, par ex.). **Le paiement est à l'initiative du créancier.** Non seulement le créancier doit

¹⁹ Si la dette est issue d'un jugement, et sauf précision particulière de celui-ci, elles deviennent exigibles dès lors que ce jugement n'est plus susceptible de voies de recours suspensives (sauf exécution provisoire prononcée par le juge).

²⁰ Comme par exemple pour la dette de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, cf. Cass.Civ.2, 10 avril 2014, n°13-13469.

²¹ Au titre des exceptions d'origine légale (cf. art.1651 c.civ., ou encore l'article L.133-3 c.ass.). L'ancien article 1247 c.civ. prévoyait d'autres exceptions : pour les corps certains, le paiement doit être fait au lieu où se trouvait la chose lorsque l'obligation est née (anc.art.1247.al.1), ou encore pour les dettes d'aliments sont payables au domicile ou à la résidence du créancier (anc.art.1247 al.2).

²² Au vu d'arrêts antérieurs, la renonciation au caractère quérable de la dette peut être implicite, Com.22 mai 1984, B.IV, n°173, RTDCiv.85.385, obs. J.Mestre.

entreprendre la démarche d'exiger le paiement, mais le débiteur n'est en faute de ne pas s'être acquitté de sa dette qu'après avoir été mis en demeure de le faire²³. Lorsque les **dettes sont portables**, c'est alors au **débiteur de prendre l'initiative du paiement** même s'il n'a pas reçu l'avis d'échéance (ex, assuré)²⁴.

S'agissant des frais du paiement, l'art.1342-7 (anc. art.1248) dispose que les frais du paiement sont à la charge du débiteur. Il s'agit des frais de quittance ou timbre, voire des frais liés au mode de paiement employé (*coût d'un mandat postal, commissions bancaires de virement*). Il en va de même, en cas d'obligation en nature, pour les frais de délivrance (comptage, mesurage).

B. Les incidents de paiement.

Deux types d'obstacles peuvent s'opposer au paiement. Tout d'abord, le créancier peut refuser de recevoir le paiement. La loi offre alors au débiteur la possibilité de **mettre en demeure le créancier** (1). Mais l'obstacle peut venir d'un tiers (ex, le créancier du créancier) qui peut, par le moyen d'une opposition, empêcher que le paiement ne soit fait dans les mains de son débiteur défaillant (2).

1) La mise en demeure du créancier.

Il arrive que le créancier refuse de recevoir le paiement que lui propose son débiteur pour telle ou telle raison. Il peut estimer que la qualité ou la quantité de la chose n'est pas celle qui avait été prévue. Mais le débiteur peut avoir intérêt à passer le refus du créancier et à payer sa dette à l'échéance (éviter l'accroissement de la charge si productive d'intérêts, les risques de conservation pèsent sur lui).

Avant la réforme. En cas de refus ou d'impossibilité de payer sa dette entre ses mains (créancier absent ou inconnu suite à succession), les anciens articles 1257 à 1264 du code civil permettaient de recourir à la **procédure des offres réelles**. Cette procédure se déroulait auparavant en **2 phases** :

Tout d'abord, le débiteur faisait offrir au créancier le montant de sa dette par un officier ministériel (huissier ou notaire) au lieu convenu ou à défaut au domicile du

²³ On précisera que si la mise en demeure rend le débiteur comptable du retard de paiement, la Cour de cassation estime qu'elle n'affecte pas en revanche sa localisation, qui demeure au lieu du domicile de ce dernier. Autrement dit, une mise en demeure ne rend pas un paiement portable, dans ce sens Cass. com., 16 avr. 2013, n° 11-25.956, *inédit*.

²⁴ Pour une autre conséquence de la règle de la quérabilité, cf. Paris, 23 mai 1980, D.1980, 532, note Massip (en cas d'indexation, si la dette est quérable, c'est au créancier de calculer le montant de la dette à réclamer (au débiteur de calculer si la dette est portable)).

débiteur (anc.art.1258-6°). L'offre doit porter sur l'intégralité de ce qui est dû, en principal et accessoires, ne doit pas comporter de conditions, ni de réserves et doit être réelle, c'est-à-dire comporter la présentation effective de l'objet de la dette. Si elle est acceptée, le paiement est alors réalisé. En cas de refus, on passe à la deuxième phase.

Ensuite, c'était la phase de la **consignation** qui résidait dans le dessaisissement volontaire et effectif par le débiteur entre les mains d'un tiers consignataire de l'objet de l'obligation. Cette consignation produisait **trois effets** : elle met le débiteur à l'abri des poursuites de son créancier, elle arrête le cours des intérêts et elle met la chose aux risques du créancier (corps certain).

Depuis la réforme. Jugée trop lourde, cette procédure des offres réelles a été supprimée par la réforme de 2016 et remplacée par la **mise en demeure du créancier** prévue aux articles 1345 à 1345-3 du code civil. L'article 1345 prévoit ainsi que lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû (ou l'empêche par son fait), **le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter (ou d'en permettre) l'exécution.**

Cette mise en demeure produit **un double effet** (art.1345 al.2) puisqu'elle **arrête le cours des intérêts dus** par le débiteur et met **les risques de la chose à la charge du créancier**, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur. En revanche, la mise en demeure **n'interrompt pas la prescription** (art.1345 al.3).

Si au bout de 2 mois, le créancier empêche toujours le paiement, le code civil **permet alors la libération du débiteur en dépit de cette obstruction.** A lire l'article 1345-1, cette libération joue différemment selon l'objet de l'obligation. **Trois cas se présentent :**

→si l'obligation porte sur une somme d'argent, le débiteur peut la **consigner** à la Caisse des dépôts et consignations

→si l'obligation porte sur la livraison d'une chose, il pourra la **séquestrer** auprès d'un gardien professionnel. Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Le prix (déduction faite des frais de la vente) sera alors consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

ℒ► Dans **ces deux cas**, la consignation ou le séquestre **libère le débiteur à compter de leur notification au créancier** (art.1345-1 al.3). Les frais de la mise en demeure et de la consignation ou du séquestre **sont à la charge du créancier** (1345-3).

→en revanche, si **l'obligation porte sur un autre objet** (par ex, une prestation de service), le débiteur est libéré si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure.

2) L'opposition au paiement.

C'est le cas où les créanciers du créancier peuvent l'empêcher de percevoir le paiement par une opposition dont la forme la plus énergique est la saisie-attribution (si le créancier a un titre exécutoire)²⁵.

Ils peuvent aussi agir par le biais d'une saisie-conservatoire mais qui demeure subordonnée à une autorisation judiciaire. **Les effets d'une telle opposition résultant d'une saisie-conservatoire sont doubles :**

1°) la créance devient **indisponible** et le débiteur qui a reçu l'opposition ne peut plus se libérer en payant valablement son créancier (sanction : le paiement fait sera inopposable),

2°) cette saisie confère au créancier saisissant **le privilège du créancier gagiste** (celui de l'art.2332, 2°).

C. La preuve du paiement.

On retrouve ici en filigrane le problème de la nature juridique du paiement. S'agissant de la **charge de la preuve**, elle n'a guère d'incidence puisque que le paiement constitue un fait ou un acte juridique, c'est **au débiteur qu'il appartient de prouver sa libération conformément aux règles du droit commun** (art.1353, anc.art.1315).

S'agissant des **modes de preuve**, la nature juridique ambiguë du paiement produisait ici ses conséquences. Si la réforme de 2016 ne prend pas parti sur la nature juridique du paiement, contrairement à la jurisprudence qui l'assimile depuis 2004 à un **fait**²⁶, l'article 1342-8 dispose très clairement que le « *paiement se prouve pas tous moyens* ».

La solution a le mérite de la clarté et appelle deux précisions :

- l'article 1342-9 du code civil rappelle que **la remise volontaire** par le

²⁵ Il y a dans ce cas saisie-attribution qui emporte attribution immédiate de la créance (art.42. L9 Juillet 1991 relatives aux procédures civiles d'exécution) et le débiteur ne pourra plus se libérer qu'entre les mains de son créancier.

²⁶ Cass.civ, 1, 6 juillet 2004, JCP 2004 II 10193, note S.Piedelièvre.

créancier au débiteur de l'original sous signature privée (ou de la copie exécutoire) du titre de sa créance fait **présumer** sa libération. Il s'agit désormais d'une présomption simple (cf.*infra.*, *La preuve de la remise de dette*).

- la preuve par tous moyens, et la mise à l'écart des règles de preuve applicables à la preuve des actes juridiques (art.1359 cciv.), ne doit pas conduire à considérer que l'écrit est devenu superflu. En effet, si le paiement d'une somme d'argent est un fait, la volonté du créancier de le considérer comme libératoire revêt une autre nature : celle d'un acte juridique devant être soumise à l'exigence d'un écrit. C'est alors l'intérêt de recourir à la quittance établie par le créancier et adressée au débiteur. Mais dans ce cas-là, lorsqu'il s'agira de prouver contre et outre cette quittance, l'application de l'article 1359 s'appliquera²⁷.

D. Les effets du paiement.

L'effet essentiel du paiement est un **effet libératoire**. Il opère extinction de la dette dans tous ses éléments et avec tous ses accessoires. Le paiement permet au débiteur d'exiger la remise du titre constatant la créance éteinte²⁸.

N'oublions pas que le paiement peut être le fait d'un tiers, et que dans ces conditions le paiement emporte subrogation du *solvens* dans les droits du créancier et laisse subsister l'obligation du débiteur.

Une difficulté particulière surgit en présence **d'une pluralité des dettes du même débiteur envers le même créancier** : si un paiement intervient, quelle dette faut-il considérée comme éteinte ? Par ailleurs, en présence de plusieurs dettes de somme d'argent (ou choses de genre), et si le paiement fait ne permet pas de toutes les éteindre, quelles sont celles qui seront éteintes²⁹ ?

Il s'agit là du **problème de l'imputation des paiements**. La résolution des difficultés dépendra des circonstances et plusieurs situations peuvent se présenter :

1°) Si une imputation a été conventionnellement prévue, elle s'applique,

²⁷ Dans ce sens, Civ.1, 4 nov 2011, n°10-27035, D.2012, 63, note J.François ; RTDciv. 2012, 118, obs. B.Fages.

²⁸ Sauf si le créancier a un intérêt légitime à le conserver, cf., par ex., Civ., 7 mars 1859, DP 1859, 1, 119.

²⁹ La question est d'importance notamment si les dettes sont productives d'intérêts à des taux différents.

2°) Le débiteur peut, lorsqu'il paye, choisir l'imputation qu'il accomplit (art.1342-10, anc.art.1253)³⁰. En conséquence, cette décision est alors opposable aux garants de ses dettes³¹.

Cette règle connaît néanmoins **quelques limites** :

- si le montant proposé est inférieur à la dette que le débiteur veut acquitter, le créancier peut refuser car il s'agirait alors d'un paiement partiel,
- si l'une des deux dettes est échue et l'autre non, l'imputation ne pourra se réaliser sur celle à terme car le créancier peut refuser un paiement avant terme (sauf si le terme a été stipulé dans l'intérêt exclusif du débiteur),
- en cas de paiement partiel portant sur une dette produisant intérêt, le paiement s'imputera d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital³², sauf accord du créancier (art.1343-1, anc.art.1254)³³,
- sous la sanction de l'abus de droit, le débiteur ne peut procéder à une imputation sans intérêt légitime et dans le seul but de nuire à autrui (créancier, autre créancier ou à un tiers³⁴).

3°) A défaut de choix du débiteur, c'est le créancier qui choisira l'imputation. C'est l'idée qu'en gardant le silence, il accepte d'avance le choix que réalisera le créancier.

4°) Enfin, et à défaut de tout choix du débiteur et créancier, il existe un ordre d'imputation prévu par la loi et qui conduit à mettre en œuvre les règles légales suivantes prévues par l'article 1342-10 al.2 :

- si une dette est échue et d'autres non, l'imputation s'opèrera sur la dette échue
- si plusieurs dettes sont échues, l'imputation se fera sur celle qui est la plus onéreuse pour le débiteur (*avait le plus d'intérêt d'acquitter*³⁵),

³⁰ Pour une illustration récente, cf. C.Com. 9 Oct.2019, n°18-15793, D.2019, 2450, note L.Andreu.

³¹ Sur ce point, cf Civ.1, 24 nov .2019, n°18-15852, RTDCiv. 2020, 104, H.Barbier. Cette décision du débiteur est parfaitement légitime car il ne fait qu'user d'une liberté dont il dispose..... dans la limite, bien évidemment, de l'abus ou de la fraude.

³² Idem pour les frais et dépens, Civ.7 fév.1955, Def.1995, art.36137, p.942, rapp.Sargos.

³³ Par dérogation à l'article 1254 du code civil, et afin de favoriser le règlement de la situation des débiteurs en difficulté, la loi donne au juge certains pouvoirs lui permettant de privilégier des paiements sur le capital : cf.art.1244-1 alinéa 2, voire encore en matière de surendettement (L.332-1 ; L.332-2 et L331-7 c.consom.). Pour une illustration récente, cf Civ.1, 27 nov .2019, n°18-21570, RTDCiv. 2020, 106, H.Barbier.

³⁴ Civ.1, 22 mai 1973, JCP.1973.II.17572, note Dagot.

³⁵ Cette expression a été interprétée comme pouvant renvoyer à une créance garantie par une sûreté (Com., 4 novembre 1986, B. IV, n°201).

- si les dettes sont également onéreuses, l'imputation se fera sur la plus ancienne (cf. la date de naissance),

- si elles sont identiques (échues, nature, date), l'imputation se fera proportionnellement sur chacune d'elles. On aboutit ainsi, curiosité, à un double paiement partiel !!

NB : Ces règles légales d'imputation sont supplétives. Néanmoins, elles ne peuvent être écartées que par une stipulation expresse.

2§ LES REGLES SPECIALES AU PAIEMENT DES OBLIGATIONS DE SOMME D'ARGENT.

Il s'agit de l'obligation qui s'accomplit par la remise d'une certaine somme d'argent. Le paiement pourra être réalisé par monnaie fiduciaire (billets de banque), ou par monnaie scripturale, c'est-à-dire par inscription sur un compte en banque (chèque, virement, lettre de change). Cette obligation est singulière en raison de la spécificité de la monnaie parmi les biens. La monnaie développe classiquement deux fonctions :

- la **monnaie de paiement**, c'est la fonction libératoire de la monnaie et elle implique le **cours légal**, c'est-à-dire que la loi oblige le créancier à accepter tel ou tel instrument en paiement des créances pécuniaires³⁶.
- la **monnaie de compte**, elle a pour rôle de mesurer, de compter les valeurs. Elle s'affirme comme le dénominateur commun de toutes les valeurs et vise à fixer la valeur économique de tous les biens par rapport à un étalon commun.

A côté de ces deux fonctions classiques, on constatera que la **monnaie est également un objet d'appropriation** qui constitue une réserve de valeur, susceptible d'être utilisée ultérieurement pour un investissement ou une dépense.

Ces obligations soulèvent **trois questions particulières** :

- Combien et comment doit-il exécuter son obligation ? C'est la **question des instruments de paiement**.
- Que se passe-t-il si le montant de la dette ne correspond plus, au jour du règlement, par suite de fluctuations monétaires, à la valeur de la contreprestation

³⁶ Ce qui n'est pas le cas du *bit coin* qui est une monnaie virtuelle, numérique et contractuelle utilisée comme instrument de paiement par internet et par les opérateurs qui l'acceptent. Mais le bit coin n'a cours légal, Sur cette question, cf. J. Huet, RDC 2017, 54.

? Les parties peuvent-elles corriger cela ? C'est la **question des clauses d'indexation**³⁷.

→ Les paiements accomplis par les autres modes de paiement (chèque, virement) sont-ils parfaitement équivalents à une remise d'espèce ? C'est **les modes de paiement**.

A. Les instruments de paiement.

Les instruments de paiement qui sont aujourd'hui utilisés répondent à un principe bien défini qu'est le **nominalisme monétaire**. Selon ce principe, la monnaie est définie par son **nom** et non son pouvoir d'achat réel. Comme le précise l'article 1895 « *l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat* » Concrètement, **le nominalisme monétaire se caractérise par la constance juridique de la monnaie dans le temps malgré l'instabilité de sa valeur réelle**. L'identité de nom fait présumer irréfragablement l'identité d'une monnaie en valeur intrinsèque (en pouvoir d'achat) à travers le temps. C'est ainsi qu'un franc de 2000, vaut 1 franc Pinay (de 1959) qui équivaut à 100 F de la IVème République (1958)³⁸, voire à 100 F Poincaré (de 1928)³⁹.

Bien évidemment, une nouvelle ère s'est ouverte avec l'euro (L.111-1, c.mon. & fin.) mais le principe du nominalisme continue à s'appliquer et donc un euro est un euro. C'est le mot qui compte et non le pouvoir d'achat qu'il représente !!

Ce principe essentiel soulève des difficultés quant à son fondement. Quel est sa source ? Est-il un principe impératif ?

Le **nominalisme monétaire n'est pas imposé par le code civil** même si certains textes en font application. Le plus célèbre est l'article 1895⁴⁰ (prêt d'argent) qui paraît entériner le caractère impératif de cette règle. Pourtant, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt important que l'art.1895 n'avait pas un caractère d'ordre public et que le nominalisme n'était plus impératif⁴¹. La réforme de 2016 a inscrit cette règle dans le droit des obligations monétaires puisque l'article 1343 dispose que

³⁷ Il s'agit plus largement du problème des clauses monétaires. Cette catégorie est assez vaste et comprend les **clauses monnaie de paiement** ; les **clauses monnaie de compte** et les **clauses d'échelles mobiles**, ie, les clauses d'indexation. Seules ces dernières seront ici examinées, pour le surplus, cf. J.Flour & alii, *op.cit.*, n°117.

³⁸ La création d'une nouvelle unité monétaire n'a pas porté atteinte au nominalisme.

³⁹ Une dette de 4600 francs (anciens) en 1951 (correspondant à environ 6 mois de loyers) a donné lieu en 1997 à la restitution de 46 (nouveaux) francs (correspondant à environ 3 ou 4 cafés), ce qui représenterait aujourd'hui environ 7 euros.

⁴⁰ Art.1895 al.1 : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat ».

«le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal ».

En définitive, le nominalisme monétaire s'affirme, selon Carbonnier, comme une « *véritable règle de droit positif d'origine coutumière*⁴². Il s'applique là où la convention (indexation conventionnelle), la loi (révision, dette de valeur) n'en excluent pas l'application.

B. L'indexation conventionnelle.

En stipulant une clause d'indexation, les parties peuvent se mettre à l'abri des perturbations monétaires et corriger les effets produits sur les obligations, par la dépréciation de la monnaie et l'écoulement du temps.

Le régime juridique des clauses d'indexation (ou des clauses d'échelle mobile) a été défini par les ordonnances du 30 décembre 1958 et 4 février 1959. Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L112-1 et suivants du C.mon.fin. L'article L.112-2 dudit code pose **un principe d'interdiction de l'indexation**, assorti de quelques exceptions. Il conviendra ensuite de préciser le **régime général de ces clauses**.

► **Principe** : *Sont interdites toutes les clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance (SMIC), sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* » (L.112-2 C.mon.fin.).

Ce texte pose indiscutablement un principe général d'interdiction mais qui doit être précisé et comporte des **exceptions**. En effet, certaines créances échappent à cette prohibition. Il en va notamment ainsi des **dettes d'aliments**. La jurisprudence entend ici la notion de manière très libérale puisqu'elle y intègre les rentes viagères (cf.art.767, 1094), et même la prestation compensatoire lorsqu'elle prend la forme d'une rente (art.276-1). D'autres exceptions existent pour les différentes catégories de baux néanmoins des règles propres : bail d'habitation (art.17d, L.6 juill.1989), bail à ferme (art. L411-11 c.rural et de la pêche maritime) et bail commercial (L.145-39 C.com.).

⁴¹ Civ.I, 27 juin 1957, *Guyot*, D.1957.649, note Ripert.

⁴² J. Carbonnier, *Les biens*, T.III, n°13.

► **Régime général.** Pour l'indexation soit licite, **l'indice doit être en relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.** L'objectif était de prohiber ainsi les indices trop généraux censés exprimer la méfiance vis-à-vis de la monnaie nationale et être un facteur d'inflation.

La jurisprudence a précisé les contours d'application du texte. Tout d'abord, elle retient que l'appréciation de la relation avec l'objet du contrat ou avec l'activité de l'une des parties d'une part, et l'appréciation de son caractère direct d'autre part, relèvent du **pouvoir souverain des juges du fond**⁴³.

Ensuite, elle procède à une **interprétation assez large des dispositions** de l'article L.112-2 du code monétaire et financier. Ainsi, elle a admis comme l'activité de référence une activité qui n'était pas l'activité principale de l'une des parties. De même, a été retenue comme telle une activité antérieure et non pas l'activité présente⁴⁴. De la même manière, elle considère que l'objet de la convention n'est pas nécessairement l'objet de la prestation de l'une des parties (objet de l'obligation) mais peut-être entendu comme le but de l'opération (objet du contrat, voire cause du contrat)⁴⁵.

Enfin, le caractère direct de la relation entre l'indice choisi et l'objet de la convention ou l'activité est interprété de manière très bienveillante.

- **Exemple** : indexation licite entre le prix d'un fonds de garage et le salaire de l'ouvrier mécanicien, entre le prêt consenti à un gérant de et le prix de l'eau minérale.

La sanction de la méconnaissance des conditions de validité des clauses d'indexation a soulevé deux difficultés :

1) Nature de la nullité. En cas d'indexation illicite car contraire aux prohibitions légales ou aux conditions de validité, la sanction qui semble majoritairement s'imposer est la **nullité absolue**, ouverte à tout intéressé et non susceptible de confirmation⁴⁶. Le paiement fait en raison d'une telle clause peut donner lieu à répétition car une telle nullité est insusceptible de renonciation et que la règle *Nemo auditur* ne s'applique pas en présence d'une illicéité. Néanmoins, cette sanction demeure discutée au profit de la nullité de protection pour plusieurs raisons

⁴³Com.4 mars 1964, D.1964.385, JCP.1964II.13713, note Esmein.

⁴⁴Civ.1, 6 juin 1984, RTDCiv.1985.173, obs. J.Mestre.

⁴⁵Civ.1, 12 avril 1972, JCP.1973.II.17235.

⁴⁶Com 3 nov.1988, D.1989.93, note Malaurie.

: le dispositif légal ne paraît plus être un instrument d'ordre public de direction, l'effet inflationniste des indexations est plus que douteux⁴⁷.

2) Portée de la nullité : L'autre difficulté, réside dans la portée de la nullité de la clause d'indexation sur le contrat dans lequel elle figure. La cour de cassation admet aujourd'hui que les juges du fond peuvent **substituer un indice valable à celui qui a été jugé nul**⁴⁸.

Cette solution est **curieuse** pour deux raisons. Tout d'abord, le juge n'a pas de pouvoir de réfaction du contrat d'une part. Ensuite, cette solution est incompatible avec la qualification d'ordre public de direction du dispositif sur l'indexation et son corollaire, la nullité absolue (la clause illicite devrait être réputée non écrite, il n'y a pas à rechercher l'intention des parties et savoir si la clause a été ou non déterminante dans l'esprit des parties)⁴⁹.

C. Les modes de paiement.

Conformément au cours forcé⁵⁰, les obligations de somme d'argent ne peuvent se payer qu'en monnaie nationale. Mais ce paiement peut prendre trois formes :

- le paiement en espèces :

Il s'agit de la remise de monnaie ou de billets de banque ayant cours légal. C'est la monnaie fiduciaire (*fiducia* = confiance) qui n'a aucune valeur intrinsèque (du moins, les billets) et ne repose que sur la confiance dans la valeur de la monnaie nationale.

Le créancier ne peut refuser un paiement en espèces, sauf dans les cas où un autre moyen est obligatoire. De nombreuses règles régissent ainsi le mode de paiement en espèces notamment en l'interdisant au profit de règlement bancaire pour certaines créances (cf.L.112-6 & D.112-3 C. mon, fin.). La sanction n'est qu'une amende fiscale, le paiement effectué par un autre mode restant libératoire.

- le paiement par chèque ou virement :

Ces modes sont des moyens indirects de paiement qui s'affranchissent de la manipulation d'espèces. Ils consistent dans un ordre donné au banquier, qui tient un compte ouvert au nom du débiteur, de payer au créancier (chèque) ou de porter au

⁴⁷Pour une nullité relative, Toulouse, 5 mars 1975, D.1975.772, 1ère esp., note Malaurie.

⁴⁸Civ.1, 9 nov.1981, RTDCiv.1982.601, obs Chabas.

⁴⁹F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1240.

⁵⁰ Règle différente du cours légal. Le cours forcé se borne à dispenser la Banque de France de rembourser en or les billets qu'elle a émis (imposée depuis la loi du 1^{er} octobre 1936).

compte de celui-ci (virement) la somme mentionnée, par prélèvement sur son compte. Il s'agit là de la monnaie scripturale car elle se traduit par l'inscription sur un compte du montant payé.

Ce mode de paiement est parfois imposé par la loi pour le paiement de certaines créances. C'est notamment le cas pour le paiement des traitements et salaires au-delà d'un montant mensuel, fixé par décret, de 1500 € qui doit être réalisé par chèque barré ou par virement (cf. L.112-6 & L.3241-1, C.trav.). Plus généralement, si le paiement par virement ne peut être refusé par le créancier en raison de la sécurité qu'il présente ; le paiement par chèque peut en revanche être refusé dans la mesure où il peut être sans provision.

A cet égard, on considère que ni la remise du chèque, ni l'émission de l'ordre de virement ne constitue le paiement qui n'est réalisé que lors de l'encaissement effectif par inscription du montant du chèque ou par virement au compte du bénéficiaire⁵¹. S'agissant du chèque, si c'est l'encaissement du chèque qui marque le paiement et non sa remise ; certains arrêts décident que la remise équivaut à un paiement conditionnel soumis à la condition suspensive que le chèque soit provisionné⁵². Il y a donc une distinction entre **l'effet libératoire** (lors de la remise) **et l'effet extinctif** (encaissement effectif) **du paiement par chèque**⁵³. L'intérêt de cette analyse est alors que lorsqu'un paiement est exigé avant la survenance d'une date déterminée⁵⁴, il suffira de remettre le chèque avant cette date pour n'encourir aucune pénalité même si le chèque n'est remis à l'encaissement qu'après le délai prévu, pourvu néanmoins que le chèque soit provisionné⁵⁵. La remise du chèque en temps utile libérera le débiteur à cette date par le jeu rétroactif de la condition⁵⁶.

- le paiement électronique.

Il s'agit de procédés récents et nouveaux de mise en œuvre de la monnaie scripturale (carte de paiement, carte de crédit, télépaiement notamment sur internet⁵⁷). La libération définitive du débiteur n'intervient ici que par le dénouement effectif de l'opération et par l'inscription du montant au compte du créancier. La

⁵¹Pour le chèque, Req.21 mars 1932, DP.1933.I.65. Pour le virement, Civ.1, 23 juin 1993, D.1994.27, note D.Martin. Plus récemment, la cour de cassation a considéré qu'il fallait prendre en compte la date à laquelle les fonds ont été inscrits au crédit du compte du banquier du créancier (Com.3 février 2009, JCP 2009, II, 10045, note J.J. Barbieri).

⁵² Cass.Civ.3, 20 février 1991, Bull., n°62 ; Cass.Civ.3, 1^{er} juill. 2009, BC, n°168, CCC 2009, comm.242, obs. L.Leveneur.

⁵³ Sur ce point, A.Bénabent, *op.cit.*, n°782.

⁵⁴ Le paiement des impôts, d'un loyer, etc....

⁵⁵Soc.17 mai 1972, D.1973.129, note C.Gavalda.

⁵⁶ Sur ces aspects, A.Bénabent, *op.cit.*, n°782.

⁵⁷ Espagnon, *Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : Evolution ou révolution du droit des moyens de paiement*, JCP, G, 1999.I.131 ; X.Lucas de Leyssac et X.Lacaze, *Le paiement en ligne*, JCP 2001, I, 302.

seule différence est que l'informatique permet de rendre ce dénouement quasiment instantané.

SOUS-SECTION II : L'EXTINCTION CONTRE LA VOLONTE DU DEBITEUR

En l'absence d'une exécution volontaire de l'obligation, et donc de son extinction volontaire, le créancier n'a d'autre alternative que de recourir à l'extinction forcée de son obligation. Dans une formule solennelle, l'article 1341 rappelle que « *le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* ». Le créancier dispose pour se faire de moyens d'actions à l'encontre du débiteur (1§). Toutefois, dans certains cas, le créancier devra agir à l'encontre de tiers pour pouvoir sauvegarder ses droits et permettre de recouvrer son paiement (2§).

1§ LES MOYENS D' ACTIONS DU CREANCIER CONTRE LE DEBITEUR.

L'ensemble du patrimoine d'un débiteur répond de la bonne exécution de ses dettes conformément à l'article 2284 du code civil. Selon ce texte, il forme « *le gage commun de ses créanciers* ». Autrement dit, tout créancier pourra poursuivre son paiement en faisant saisir les biens et actifs de son débiteur. Il s'agit là bien évidemment d'un droit personnel, et non d'un droit réel, dénué donc, en principe, de droit de préférence et absence de droit de suite⁵⁸. C'est en vertu de ce **droit de gage général sur le patrimoine du débiteur** que le créancier peut exercer deux types de prérogatives de nature différente. Certaines visent à préparer l'exécution forcée, ce sont les **mesures préparatoires** (A) ; les **autres assurent l'exécution forcée des obligations** (B).

A. Les mesures préparatoires.

Elles ont pour objet d'éviter que le débiteur n'organise son insolvabilité en faisant disparaître les biens contenus dans son patrimoine et qui sont l'objet du droit de gage général. Elles visent également à éviter que le débiteur ne laisse périr certains de ces biens par négligence.

⁵⁸Pour les créanciers chirographaires, aucune distinction ne doit être faite selon la date de naissance des créances. L'antériorité ne confère aucune préférence entre les créances dépourvues de privilège.

Ces mesures sont prévues par l'article 1er alinéa 2 de la loi du 9 Juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution. Cette loi, comme l'ensemble du droit de l'exécution ayant été codifié par une ordonnance du 19 décembre 2011, au sein du Code des procédures civiles d'exécution, il s'agit désormais de l'article L.111-1 du *Code des procédures civiles d'exécution (C.proc. civ. ex.)*.

Ces mesures sont plus simples d'utilisation dans la mesure où elles n'exigent pas une créance liquide et exigible, ni d'ailleurs un titre exécutoire. L'article 67 de L.1991 (*aujourd'hui, L.511-1, C. proc. civ. ex.*) exige seulement du demandeur « *qu'il justifie d'une créance qui paraît fondée dans son principe* » et de « *circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement* ».

► Régime juridique de ces mesures conservatoires :

- elles doivent être autorisées par le juge de l'exécution (dit JEX), qui a ici une compétence exclusive sauf quelques exceptions (si créancier a déjà un titre exécutoire ; en cas de dispense d'autorisation pour certaines matières ; cf. art.68 de L.1991 (*auj.L.511-2, C. proc.civ.ex.*)).
- sous peine de caducité de l'autorisation judiciaire, le créancier doit exécuter ces mesures dans un délai de 3 mois à compter de l'ordonnance (*art.214, Déc. 31 juill. 1992, aujourd'hui, R.511-6, C. proc.civ.ex.*), et engager la procédure pour obtenir un titre exécutoire s'il n'en possède pas dans le mois suivant l'exécution de la mesure conservatoire.

Ces mesures conservatoires peuvent être de divers ordres. Il peut s'agir de la saisie conservatoire (art.74 de L.1991, *auj.L.521-1,C. proc.civ.ex.*) qui permet de rendre indisponible les biens. Il peut s'agir également d'obtenir des sûretés judiciaires (art.77), ou d'autres mesures (*apposition des scellés, mesures de mise en sécurité, établissement d'un inventaire, nomination d'un administrateur ad hoc*).

B. Les mesures d'exécution forcée.

En vertu du principe que « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* », il ne saurait être question de laisser au créancier toute liberté pour contraindre le débiteur. Le recours à la force publique est très souvent envisagé, néanmoins des conditions doivent être respectées. Il convient donc de préciser les conditions générales du recours à l'exécution forcée (1) avant de présenter les modalités proprement dites de l'exécution forcée (2). Il s'agira d'envisager ici exclusivement l'exécution forcée en nature et non l'exécution forcée par équivalent. Cette dernière

expression, assez trompeuse par ailleurs, masque en réalité ce qui relève de la responsabilité contractuelle et sera sanctionnée par des dommages-intérêts compensatoires⁵⁹.

1) Les conditions générales du recours à l'exécution forcée

Pour la mise en œuvre de l'exécution forcée, et à titre liminaire, il convient de rappeler que la créance doit être certaine (*ie*, non contestée), exigible et liquide (montant déterminé). Il faut, ensuite, que le débiteur ait fait l'objet d'une mise en demeure constatant l'inexécution restée sans suite (a). Il faut, enfin que le créancier ait un titre exécutoire (b).

a) Une mise en demeure.

Régie aujourd'hui par les articles 1344 à 1344-2, la mise en demeure du débiteur pose 3 questions : Pour quelles obligations faut-il mettre en demeure (i) ? Comment faut-il mettre en demeure (ii) ? Les effets de la mise en demeure (iii) ?

i) S'agissant du domaine d'application,

Le principe est qu'une mise en demeure est nécessaire **pour toutes sortes d'obligation pour qu'il puisse y avoir sanction**. L'exigence est logique : pour que le débiteur s'exécute volontairement, encore faut-il qu'il ait été prévenu le plus clairement possible d'autant que cela peut être le préalable à des sanctions. La carence du débiteur doit donc avoir été constatée

La mise en demeure apparaît comme une demande formelle faite au débiteur d'exécuter son obligation. Elle constitue donc le moyen de **constater la carence du débiteur**, c'est-à-dire son retard, voire plus largement l'inexécution de son obligation et de justifier le recours à l'exécution forcée.

Cette exigence de la mise en demeure se retrouve également dans une autre situation, hors de propos ici, celle de la mise en œuvre des règles de la responsabilité contractuelle⁶⁰. Toutefois, dans ce cadre, nombres de dispenses existaient⁶¹ à tel point que certains auteurs en venaient à admettre son inutilité de principe⁶².

⁵⁹ Sur cette approche de l'exécution forcée en nature, J.Flour & alii, *op.cit.*, n°151.

⁶⁰ Cf. Cours de droit civil, L2.

⁶¹ Rendues sous l'empire des textes anciens, ces certaines dispenses tiennent à **la nature de l'obligation**. Ainsi certaines obligations échappent à cette exigence car pour elles, la mise en demeure n'aurait aucun sens. Ainsi, la mise en demeure est inutile lors de la violation d'une obligation de ne pas faire puisque l'inexécution est patente et irréversible. La sanction est encourue « *par le seul fait de la contravention* » (anc.art.1145). C'est le cas de la violation de l'obligation-non concurrence violée car l'acte de concurrence a été réalisé et le préjudice créé. C'est

Dans le cadre de l'exécution forcée, l'exigence de la mise en demeure connaît également quelques exceptions :

- **la volonté des parties** : elles peuvent stipuler que l'arrivée du terme vaudra mise en demeure (cf.art.1344 c.civ.). En tous les cas, la dispense de mise en demeure ne peut être sous-entendue, ou présumée, car elle aggrave la situation du débiteur en le privant d'une mesure protectrice de ses intérêts. Mais elle peut être tacite et découler des stipulations particulières du contrat, comme, par exemple, celles d'une clause pénale⁶³. L'art.1344 dispense également de mise en demeure et considère qu'elle pourra également découler de la seule exigibilité de l'obligation si le contrat le prévoit.

- **la loi** : elle dispense dans certains cas le créancier de mettre en demeure le débiteur, qui est donc considéré comme de plein droit en demeure. C'est le cas du voleur qui est de plein droit en demeure de restituer, en valeur ou en nature, la chose volée (anc.art.1302.al.4, c.civ.), ou c'est le cas de celui qui a reçu de mauvaise foi un paiement indu (anc. art.1378, c.civ.). C'est ici une mesure de sévérité à l'égard de ces débiteurs.

ii) La forme de la mise en demeure.

L'art.1344 dispose que le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante ». Le texte rappelle donc qu'une simple lettre recommandée avec accusé de réception, voire une simple lettre missive ⁶⁴, suffit aujourd'hui.

C'est très souvent la sommation qui est un acte signifié par ministère d'huissier, ce dernier conférant à la sommation la valeur d'un acte authentique. Ont également cette valeur le commandement de payer et la citation en justice.

le cas aussi, selon l'anc. article 1146, pour « *les obligations de faire ou de donner qui ne pouvaient être exécutées que dans un temps donné* ». Si l'exécution de la prestation intervient tardivement, il n'y a plus aucun intérêt pour le créancier. **D'autres exceptions tiennent au fait du débiteur** : la mise en demeure devient inutile si l'exécution de l'obligation est devenue impossible par le propre fait du débiteur, ou s'il déclare ouvertement qu'il n'exécutera pas.

⁶² J.Flour & alii, *op.cit.*, n°222 ; ou plus nuancé Ph.Malaurie, L.Aynès & Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°975. A cet égard, la cour de cassation a considéré que lorsque l'inexécution était constatée et le préjudice avéré, la mise en demeure n'était pas nécessaire pour l'obtention des dommages-intérêts compensatoires (Cass.Ch.Mixte, 6 Juill. 2007, RDC.2007, 1115, Y.M.Laithier).

⁶³ Cass.Com. 8 oct. 2002, RTDCiv. 2003, 503.

⁶⁴ Toutefois, il est évident que l'absence de la forme recommandée reste, s'agissant de la preuve de l'interpellation, un obstacle difficilement surmontable.

iii) Les effets de la mise en demeure.

La mise en demeure constate un retard du débiteur. Lorsqu'il reçoit la mise en demeure, il peut encore s'exécuter sans conséquences supplémentaires pour lui. La mise en demeure produit, en réalité, plusieurs effets :

► Un **effet général** qui est d'autoriser l'exécution forcée en nature, voire d'autres sanctions⁶⁵.

► Un **effet spécial** lorsque le débiteur récalcitrant est **débiteur d'une obligation de livrer un corps certain**, la mise en demeure a pour effet de déplacer les risques de cette chose (art. 1344-2, anc. art.1302.al.2, c.civ.).

b) Un titre exécutoire.

Pour pouvoir recourir à la force publique et entreprendre une mesure d'exécution, le créancier doit nécessairement disposer d'un titre exécutoire, c'est-à-dire un titre condamnant le débiteur à l'exécution forcée en nature. **C'est un préalable à l'exécution forcée.**

Seule l'autorité publique peut délivrer un titre exécutoire en y portant la formule exécutoire. Elle peut être portée par les notaires (d'où l'intérêt de l'acte notarié) ou résulter de plein droit d'un jugement ou d'un arrêt. C'est l'article 3 de la loi du 9.07.1991 (*aujourd'hui, L.511-1, C. proc. civ. ex.*) qui prévoit une liste exhaustive des actes constituant des titres exécutoires⁶⁶.

2) Les modalités proprement dites de l'exécution forcée.

Lorsque le débiteur persiste dans l'inexécution de son obligation, méconnaissant ainsi l'effet obligatoire de son engagement, le créancier peut recourir aux mesures d'exécution qui lui permettent d'obtenir par des moyens légitimes de contrainte ce que son débiteur lui doit. Ces mesures peuvent se traduire diversement : il peut y avoir ainsi une exécution forcée directe d'une part(a) ou une exécution motivée par une contrainte indirecte d'autre part (b).

⁶⁵ Le créancier pourrait également, en principe, choisir une autre sanction et demander la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (dommages-intérêts compensatoires) ou faire sanctionner le retard (dommages-intérêts moratoires). Sur ce choix, JP Gridel & YM Laithier, *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux*, JCP 2008, I, 143.

⁶⁶ Ce texte dispose ainsi que « *Seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ; 2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ; 3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ; 6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement. L'art.3 se trouve cité, comme la loi de juill.1991, sous l'art.2093 du c.civ. »*

a) L'exécution forcée directe.

Cette exécution aboutit à une exécution forcée en nature. La Cour de cassation a récemment affirmé que le créancier bénéficie du **droit d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée du moins tant que cette exécution reste possible**⁶⁷. L'article 1221 semble consacrer l'exécution forcée en nature comme un principe général pour le créancier victime d'une inexécution contractuelle sans distinguer selon la nature des obligations. Néanmoins, il est évident que l'exécution forcée dépend fondamentalement de la nature de l'obligation en cause. Par souci de clarté, et même si la distinction tripartite des obligations de donner, de faire et de ne pas faire n'a pas été reprise par la réforme, il convient de distinguer selon la nature des obligations, en reprenant la distinction tripartite qui se réduit, en réalité, à une distinction bipartite.

i) En matière d'obligations de donner :

Il convient ici d'opérer une autre distinction.

→ Soit il s'agit d'une **obligation de payer une somme d'argent**, on considère alors que **l'exécution forcée est toujours possible et qu'elle est la seule possible**. Il n'y a pas d'autre équivalent à l'argent que l'argent. Les procédés d'exécution sont relativement simples puisqu'ils consistent généralement dans la saisie des biens et la vente forcée de ceux-ci, avec paiement des créanciers sur le produit des ventes⁶⁸.

→ Soit il s'agit d'une **obligation de donner portant sur un autre objet que de l'argent**. C'est par le cas de l'obligation du vendeur de transférer la propriété.

La réforme a mis fin à une controverse doctrinale sur l'utilité de l'obligation de donner. L'article 1196 du code civil s'inscrit dans le prolongement d'une doctrine dominante et reprend la règle selon laquelle le transfert de propriété se réalise *solo consensu* lors de la conclusion du contrat. Le problème de l'exécution forcée d'une telle obligation ne se pose donc plus car il n'y a pas d'obligation proprement dit, mais **un effet légal et automatique résultant de l'échange des consentements**. La propriété étant automatiquement transmise, il n'y aurait pas lieu de recourir à l'exécution forcée de l'obligation de donner. Seule reste donc une obligation de livrer

⁶⁷ Cass.Civ.1, 16 janvier 2007, D.2007, 1119, obs.O.Gout ; RDC. 2007/3, 719, D.Mazeaud et 741, G.Viney.

⁶⁸La saisie-vente (art.L.221-11, C.proc.civ.ex.), saisie immobilière (art.311-1, C.proc.civ.ex.).

la chose mobilière (ou de réitérer l'acte authentique), qui n'est autre qu'une obligation de faire (sur l'exécution forcée de cette obligation, cf.*infra*).

Même dans le cas où le transfert de propriété a été retardé par les parties (ex, chose future ou chose de genre), le transfert de propriété se réaliserait automatiquement dès l'exécution des formalités nécessaires. Le seul problème d'exécution forcée serait alors celui de l'obligation de faire qui existe alors.

ii) En matière d'obligation de faire ou de ne pas faire :

Avant la réforme. C'était le cœur du problème de l'exécution forcée car l'ancien article 1142⁶⁹ considérait que l'exécution forcée directe d'une obligation de faire était impossible car elle porte atteinte à un principe fondamental, celui du respect de l'intégrité physique de la personne humaine. Il était donc impossible de contraindre physiquement l'ouvrier à accomplir son travail, ou l'artiste à peindre le portrait⁷⁰. Ce principe était néanmoins assorti de nombreuses atténuations.

En effet, le principe avait été doublement limité puisqu'il comporte des **atténuations et des exceptions**. Le principe de l'art.1142 était compris aujourd'hui comme prohibant seulement les atteintes directes à la liberté de la personne du débiteur, et non les moyens de contrainte indirecte permettant d'obtenir satisfaction (l'astreinte, cf.*supra*) ou les moyens **permettant de se passer de l'intervention personnelle du débiteur** afin d'obtenir le résultat escompté⁷¹. S'agissant de ces derniers, on relevait :

- l'anc. article 1143 qui prévoit la possibilité d'obtenir la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation de ne pas faire⁷². Il suffit pour cela d'en obtenir l'autorisation en justice et le juge ne semble pas avoir ici de pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la mesure de destruction⁷³.
- l'anc. art.1144 qui autorise la faculté de remplacement, c'est à dire que le « créancier peut ... être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » qui « peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ». Même si son domaine d'application est

⁶⁹ Reposant sur l'adage *Nemo praecise cogi postest ad factum*

⁷⁰ Une exception notable peut être notée à propos de l'expulsion pour un locataire qui en fin de bail se maintiendrait, sans titre dans les locaux (art.61, L.1991). Le respect de la personne trouve ici ses limites.

⁷¹ Parmi ces moyens, il existe l'**injonction de faire** (art.1405, 1425-1 à 1425-9 NCPC) qui peut permettre à un consommateur d'obtenir du juge une injonction de faire (insusceptible de recours). **Inconvénient**, elle ne comporte pas de sanction.

⁷² C'est le cas de la violation d'une obligation de ne pas construire ou d'une obligation de ne pas exploiter telle ou telle activité. L'exécution forcée en nature de la première emportera la démolition de la construction, celle de la seconde, la fermeture du magasin ou du fonds de commerce litigieux.

⁷³ L'existence de ce pouvoir a longtemps été retenu en jurisprudence (Civ.13 19 mai 1981, B.III, n°101). Il semble avoir disparu, cf.Civ.3, 22 mai 1997, D.1998.som., p.61 ; Civ.3, 30 sept.1998, D.1998.374, note Kenderian.

plus large que la faculté de l'art.1143 (obligation de ne pas faire seulement), le jeu de l'article 1144 suppose que l'obligation en question ne soit pas marquée d'un fort *intuitus personae*, ni porte sur un bien déterminé, non fongible.

- La jurisprudence a également admis que lorsque l'obligation de faire consistait à conclure un acte juridique, il était possible d'y suppléer par une décision judiciaire. C'est le cas si l'une des parties refuse d'accomplir les formalités de publicité foncière, il peut y être substitué par un jugement. De même lorsque le transfert de propriété d'une vente est retardé jusqu'à la signature de l'acte authentique, la vente étant formée et parfaite, la constatation judiciaire de l'acte pourra intervenir dans les mêmes conditions.

Depuis la réforme. En écho à l'article 1341, l'article 1221 rappelle que le « *créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur « de bonne foi »⁷⁴ et son intérêt pour le créancier* ».

Le **principe** semble aujourd'hui différent puisque l'exécution forcée en nature des obligations de faire (ou de ne pas faire) est envisageable contre le débiteur, du moins lorsque ces obligations ne présentent pas un caractère personnel. En effet, et à l'instar des anciens articles 1143 et 1144, l'article 1222 prévoit que le créancier peut aux frais du débiteur, dans un délai et à un coût raisonnables :

- faire exécuter lui-même l'obligation,
- ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation d'une obligation (de ne pas faire).

En revanche, l'article 1221 prévoit néanmoins **deux limites** :

- si l'exécution en nature est impossible : On retrouve le cas de l'impossibilité morale qui renvoie aux cas des obligations de faire présentant un fort caractère personnel de l'exécution (cas de la prestation de l'artiste qui doit

⁷⁴ Ce rajout de l'expression « de bonne foi » est le fruit de la loi de ratification de 2018 et a un caractère interprétatif avec une application au 1^{er} octobre 2016.

exécuter une œuvre), de l'impossibilité matérielle (le meuble à réparer a été détruit) voire encore de l'impossibilité juridique⁷⁵.

- ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier⁷⁶.

b) L'exécution forcée indirecte.

Consacrée par une loi du 5 juill.1972, puis réformée par la loi 9 juill.1991 (art.33-37, *aujourd'hui*, L.131-1 & suiv., C. proc.civ.ex), l'astreinte est un moyen de pression patrimoniale de nature judiciaire. Elle consiste en une condamnation, accessoire à la condamnation à l'exécution, au paiement d'une somme d'argent généralement fixée par jour, semaine ou mois de retard. Pour les obligations de ne pas faire, elle est fixée au regard des infractions constatées.

Le **domaine d'application** de l'astreinte est assez large puisqu'elle est employée aussi bien pour les obligations de faire que pour les obligations de ne pas faire. Elle apparaît également possible pour les obligations de donner, notamment de payer une somme d'argent⁷⁷. Elle s'applique aux obligations contractuelles ou extracontractuelles.

L'astreinte est donc une menace, une **mesure comminatoire** et n'est pas, en elle-même, une mesure d'exécution forcée⁷⁸. Elle fait pression sur la volonté du débiteur par une menace atteignant ses biens. Ce n'est qu'un moyen indirect mais qui permettra l'exécution d'une décision judiciaire. Juridiquement, l'astreinte a la **nature d'une peine privée** et est différente des dommages-intérêts⁷⁹.

La condamnation résultant de l'astreinte constitue une **peine privée**, distincte de la réparation du préjudice résultant du retard, et qui pourra s'ajouter à celle-ci (art.34, *aujourd'hui*, L.131-2 & suiv., C. proc.civ.ex). De plus, cette sanction est marquée par l'arbitraire du juge qui a un pouvoir discrétionnaire pour prononcer

⁷⁵ Pour une illustration, Cass.Civ.1, 27 nov 2008, Bull. I, n°269.

⁷⁶ Il s'agit sans doute de viser les situations dans lesquelles l'intérêt du créancier est minime ou nul alors que le coût de l'exécution sera très important pour le débiteur. La demande d'exécution confie alors à une situation d'abus.

⁷⁷ Soc 29 mai 1990, B.Iv, n°244 (à propos du paiement de de salaires impayés).

⁷⁸ Civ.2, 17 déc.1997, D.19988, IR.34 ; Aix-en-Provence, 18 janv.1996, référ., JCP.1996.II.22728, note Giacomelli-Mori.

⁷⁹ Il est exclu ainsi qu'elle puisse être prise en compte par une assurance de responsabilité souscrite par la personne condamnée (Cass.civ.1, 20 mars 1989, Bull, n°122).

l'astreinte (même non demandée) et pour la détermination du montant de l'astreinte. Ce pouvoir discrétionnaire se retrouve dans la liquidation de l'astreinte mais il faut là distinguer **deux types d'astreinte** :

► **l'astreinte provisoire** constitue le **principe**⁸⁰ : Sa particularité réside dans le fait qu'elle a un caractère indéterminé, c'est à dire que le taux de l'astreinte retenu pourra être modéré au moment de la liquidation (mais non aggravé).

► **l'astreinte définitive**⁸¹ : sa particularité réside dans le fait que son « *taux ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation* ». Ici, le montant retenu par le juge constitue immédiatement le prix de la résistance du débiteur. On considère néanmoins qu'elle ne peut être prononcée qu'après l'échec du prononcé d'une astreinte provisoire⁸². Plus exactement, il faut que son inefficacité soit établie après un délai raisonnable (délai qui devrait être précisé par le juge⁸³). Le juge qui fixe une astreinte définitive doit fixer la durée pour laquelle l'astreinte est prononcée, ce qui lui permet à la fin de ce délai de pouvoir en fixer une autre d'un montant majoré.

L'astreinte ne prend effet qu'à compter de la date fixée par le juge, laquelle ne peut être antérieure au jour où la décision portant obligation est devenue exécutoire. C'est conforme à l'idée que l'astreinte est la sanction de l'inexécution de la décision condamnant le débiteur à payer.

La liquidation de l'astreinte est l'œuvre du **juge de l'exécution**, sauf si celui qui l'a prononcé est resté saisi de l'affaire, ou s'il s'en est expressément réservé le pouvoir⁸⁴. C'est donc le juge qui va liquider l'astreinte, c'est à dire fixer le montant de la somme définitivement mise à la charge du débiteur. A ce moment-là, il n'est plus soumis à une menace, mais est débiteur d'une dette nouvelle.

En matière d'astreinte provisoire, le **rôle du juge liquidateur est très important** car il doit liquider en tenant compte du comportement du débiteur et des difficultés qu'il a

⁸⁰ art.34 al.2, *aujourd'hui*, L.131-2 & suiv., C. proc.civ.ex

⁸¹ art.36 al.2, *aujourd'hui*, L.131-4, C. proc.civ.ex

⁸² En cas de violation de cette règle, la sanction est que l'astreinte définitive sera liquidée comme les astreintes provisoires, Civ.2è, 11 et 25 juin 1997, D.1997.536, note Julien. Mais pas d'autres sanction, Civ.3, 3 av.1996n B.III, n°90.

⁸³ H.Croze, *La loi n°91-650 du 9 juill.1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée*, JCP G 1992.I.3555, n°37 ; *Les règles spécifiques aux différentes mesures d'exécution forcée et mesures conservatoires*, JCP G 1992.I.3585 ; *Le décret du 31 juill.1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures d'exécution*, JCP G 1992.I.3635.

⁸⁴ art.35, *aujourd'hui*, L.131-3, C. proc.civ.ex

rencontrées pour exécuter l'injonction qui lui était faite. Il a ici un pouvoir souverain d'appréciation, et n'a pas, par exemple, à tenir compte de l'importance du préjudice causé par la résistance du débiteur (seule limite, il ne peut aggraver la peine). En revanche, pour l'**astreinte définitive**, il ne peut aggraver la peine lors de la liquidation mais là le juge est tenu par le montant de l'astreinte. La seule possibilité de modérer l'astreinte définitive, c'est lorsque l'inexécution est, totalement ou partiellement, due à une cause étrangère⁸⁵.

2§ LES MODALITES D'ACTION DU CREANCIER CONTRE LES TIERS.

Les modalités d'action contre les tiers peuvent prendre également plusieurs formes et viser plusieurs types de personnes. Elles peuvent viser tout particulièrement le débiteur du débiteur : c'est l'action oblique (A). Ensuite, elles peuvent poursuivre les tiers bénéficiaires ou complices de la fraude commise par le débiteur au détriment du créancier, il s'agira alors de l'action paulienne (B).

A. L'action oblique.

Traditionnellement, l'action oblique se définit comme l'action permettant à un créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur (anc. art.1166 c.civ.). Son objectif est d'éviter qu'un **débiteur ne néglige l'exercice de ses propres droits**, dont il ne retirait aucun avantage, en raison du droit de gage général qu'à son créancier sur son patrimoine. Au-delà de la négligence, l'inertie du débiteur peut être motivée par de la malveillance dont l'objectif serait de léser les droits du créancier. L'action oblique permet donc au créancier de se substituer à son débiteur pour l'exercice de ses droits. L'exercice de cette action est toutefois limité car elle réalise une immixtion dans la gestion du patrimoine du débiteur.

L'article 1341-1 du code civil prévoit ainsi que « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne* ». Cette nouvelle définition ne devrait guère modifier le droit antérieur. Nous en préciserons les conditions d'application et les effets.

1) Les conditions d'application.

⁸⁵ art.36 al.3, aujourd'hui, L.131-4 al.3., C. proc.civ.ex

Comme toute action en justice, le créancier ne pourra avoir recours à l'action oblique qu'à la condition d'y avoir **intérêt**. Autrement dit, cela suppose que :

- l'exercice des droits appartenant à son débiteur soit **utile**. A titre d'illustration, serait inutile l'exercice de l'action oblique dans le cas où le créancier demander le partage d'une succession où son codébiteur est cohéritier mais où le passif est supérieur à l'actif.

- le débiteur **néglige** d'exercer ses droits. C'est là, une des conditions de l'action tenant au débiteur. Cette ingérence grave dans la gestion du patrimoine du débiteur n'est permise que parce qu'il a été négligent. Cette inaction doit être caractérisée⁸⁶. La négligence renvoie à l'idée d'une absence de diligence de la part du débiteur⁸⁷. L'article 1341-1 évoque la notion de *carence*.

- Cette condition essentielle de l'action (la *carence*) implique une autre condition puisqu'elle doit compromettre les droits de son créancier (cf.art.1341-1), sans aller jusqu'à exiger **l'insolvabilité** du débiteur, c'est-à-dire de l'impossibilité où il se trouve de payer à son créancier ce qu'il lui doit.

On précisera que pour pouvoir être exercée, l'action oblique doit avoir pour objet une **créance comportant certaines qualités** : elle doit être liquide, certaine et exigible. L'exigence est logique, car comment reprocher au débiteur de n'avoir pas agi, s'il ne le pouvait pas !⁸⁸

L'article 1341-1 (comme l'anc.art.1166) exclue certains droits du domaine de l'action oblique en réservant « *les droits exclusivement attachés à la personne* ». Par cette expression, il convient d'entendre 3 choses :

- les **actions extrapatrimoniales** : Parce qu'elle est un corollaire du droit de gage général, l'action oblique ne peut s'appliquer qu'à des droits ou des biens susceptibles de réintégrer le patrimoine et que le créancier aurait pu saisir si le débiteur diligent avait lui-même agi. Autrement dit, le créancier ne pourra pas exercer par la voie oblique des droits qui impliquent une appréciation personnelle d'ordre moral de leur titulaire, notamment en raison de considérations familiales qu'ils mettent en jeu (droit de la personnalité, actions d'état, en divorce, en nullité du mariage)⁸⁹.

⁸⁶Ce n'était pas le cas d'une action en partage qui avait été intentée par le créancier d'un héritier le lendemain du décès, T.Civ.Dôle, 16 mars 1913, GP.1913, 2, 589. Elle était ici prématurée de la part du créancier.

⁸⁷ Cass.Civ.1, 28 mai 2002, D.2002, 3041, note Perruchot-Triboulet.

⁸⁸Sur les qualités de la créance, cf.F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, *op.cit.*, n°1147.

⁸⁹ Plus curieusement, la Cour de cassation a considéré que le droit de retrait prévu par les statuts d'une société civile professionnelle, de même que par l'article 1869 du code civil, est strictement personnel et ne peut être exercé par l'administration des douanes aux lieu et place des associés, cf. **Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-14.592. Si cette prérogative n'apparaît pas réellement comme une action extrapatrimoniale, le fait que la société**

- les **droits nouveaux** : le créancier ne peut acquérir des droits nouveaux pour le compte du débiteur, même s'il lui est possible de tirer les conséquences de droit déjà acquis. La **raison** est simple : le débiteur demeure le maître de son patrimoine, et il est le seul à pouvoir acquérir des droits nouveaux. Ainsi, il ne pourrait vendre ou louer le bien du débiteur.

- les **droits insaisissables** : ils sont sans intérêts pour le créancier car il ne pourrait pas les saisir (ex, droit à une pension alimentaire).

2) Les effets de l'action oblique.

L'idée est que **le créancier va se substituer au débiteur dans l'exercice de ses droits**. L'action produit les mêmes effets que si elle avait été exercée par le débiteur. **Trois conséquences** sont à remarquer :

→ **S'agissant des exceptions** : le tiers poursuivi par le créancier pourra opposer à ce dernier toutes les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le débiteur.

- **Exemple** : c'est le cas des exceptions de renonciation⁹⁰, de nullité, de liquidation judiciaire⁹¹. Pour la nullité : A doit 100 à B. C doit 100 à A par l'effet d'un contrat où il était incapable. Si B agit par la voie oblique contre C, il pourra se voir opposer la cause de nullité car C pouvait l'opposer à A.

→ **Le montant de la condamnation obtenue par la voie oblique est celui du droit du débiteur contre le sous-débiteur**. En pratique cette règle est éludée, car le sous-débiteur peut faire tomber cette règle en désintéressant le créancier.

→ **le créancier agissant n'a aucun droit exclusif sur les biens du débiteur qu'il recouvre (contrairement à l'action paulienne)**. En effet, les biens tombent dans le patrimoine du débiteur où ils deviennent le gage de tous les créanciers.

était constituée entre les membres d'une même famille explique-t-il la solution rendue en raison notamment des considérations familiales qu'il mettait en jeu.? *Le fort intuitu personae existant dans les sociétés civiles explique-t-il le fait que l'exercice de ce droit doit être réservé à l'appréciation personnelle de son titulaire ?*

⁹⁰Civ.1, 9 oct.1991, B.I, n°250, D.1992.421, note O.Bavière. Un débiteur A avait renoncé à son droit contre son sous-débiteur B ; Jugé que le créancier ne pouvait exercer le droit de A contre B.

⁹¹Paris 13 mars 1998, JCP1999.II.10072.

Ces conséquences caractérisent les **inconvenients** de l'action oblique. Le créancier, après avoir engagé des frais, peut se retrouver sans aucun résultat car il peut se voir opposer des exceptions, et devoir, *in fine*, partager les sommes (ou biens recueillies) avec les autres créanciers. Cette faiblesse vient du fait qu'il exerce les droits au nom et place de son débiteur, et non, comme dans la subrogation, en tant que titulaire. Il n'est pas comme le créancier subrogé investi des droits qu'il fait valoir par l'effet translatif inhérent à la subrogation⁹².

B. L'action paulienne.

L'**action paulienne** prévue à l'anc.art.1167 du code civil se rapproche de l'action oblique dans la mesure où elle constitue un **moyen de sauvegarde du droit de gage général** des créanciers. En revanche, elle s'en distingue par le fait qu'elle est ouverte en cas de **fraude** du débiteur et non plus en cas de négligence. Elle protège le créancier contre une action abusive et non plus une omission.

Le nouvel article 1341-2 prévoit désormais « *que le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* ».

Son **domaine d'application est relativement large** puisque la jurisprudence considère qu'elle s'applique à **tous les actes juridiques**, à l'exclusion des faits juridiques. La raison est simple la fraude requiert une manifestation de volonté qui ne peut se réaliser que dans le cadre d'un acte juridique. Il existe néanmoins **quelques exceptions où l'action paulienne est écartée** en présence d'actes juridiques. Il s'agit ainsi des :

- **actes relatifs à des droits extrapatrimoniaux**, cette exclusion se justifie de la même façon que pour l'action oblique. Il est inadmissible d'admettre une ingérence des créanciers dans l'accomplissement d'actes qui est déterminé par des considérations principalement morales ou personnelles.

- **actes relatifs à des droits patrimoniaux attachés à la personne**, cette formule est entendue différemment de celle de l'art.1341-1 (anc.1166, « *droits et actions exclusivement attachés à la personne* »). **Le champ d'application de l'art.1341-2** semble ici **plus large** que celui de l'art.1341-1 car une jurisprudence

⁹² Cette efficacité limitée de l'action oblique conduit souvent le créancier, lorsque les conditions le permettent, à exercer des actions moins « primitives », comme une action directe ou une saisie-attribution entre les mains du tiers obligé à l'égard du débiteur impécunieux !

ancienne a admis la possibilité d'exercer la fraude paulienne à l'encontre d'une autorisation maritale⁹³. De même, la loi a admis la possibilité d'exercer la tierce opposition, fondée sur la fraude aux droits du débiteur (art.1397), alors que, dans un tel cas, l'action oblique est fermée.

Pour finir, on rappellera que le fait que le créancier dispose d'un droit légal d'opposition ne le prive pas pour autant du bénéfice de l'action paulienne fondée sur la fraude⁹⁴.

1) Les conditions de l'action paulienne.

Deux sortes de conditions doivent être réunies, elles sont relatives à la créance du créancier (a) mais également à l'acte du débiteur (b).

a) *Les conditions relatives à la créance du créancier*⁹⁵.

On considère, tout d'abord, que le créancier ne peut agir qu'à la condition que sa créance **soit antérieure à l'acte attaqué**. La justification est évidente car il ne peut compter sur un bien qui était déjà sorti du patrimoine du débiteur au jour de la naissance de sa créance. Néanmoins, **le principe comporte des exceptions de plus en plus nombreuses qui se justifient par une moralisation des affaires**.

Deux exemples peuvent être cités :

- l'action paulienne est possible lorsqu'au moment des actes frauduleux la créance existait déjà dans son principe (notion de *principe certain de créance*),

- **Exemple** : l'auteur d'un accident accomplit des actes de disposition avant le prononcé de la condamnation⁹⁶. De même, pour une caution, qui avant la défaillance du débiteur garanti, accomplit des actes de disposition⁹⁷.

⁹³Civ.29 juill.1902, DP.1903, 1, 383, note MP (un mari avait autorisé sa femme à renoncer à un legs qui aurait pu profiter à la communauté et incidemment aux créanciers du mari).

⁹⁴ Pour le droit d'opposition dont bénéficient les créanciers d'une société faisant l'objet d'une réduction de capital non motivée par des pertes qui ne sont pas privés de l'action paulienne (Com. 11 fév. 1986, RTDCiv.1986, 602, obs. J. Mestre). De même pour les créanciers opposant lors d'une fusion de société (Com. 11 10 oct. 1995, n°93-15619, RTDCiv.1996, 201, obs. M. Bandrac). Ces solutions trouvent un prolongement dans le droit européen, cf. pour une même solution pour des créanciers opposants lors d'une opération de scission, CJUE, 30 janv.2020, RTDCiv. 2020, 385, obs.H.Barbier.

⁹⁵Parce qu'elle n'est pas une mesure d'exécution, l'action paulienne ne requiert pas un titre exécutoire comme condition de recevabilité.

⁹⁶Req.15 nov.1939, DH.1940.40

⁹⁷Civ.1, 25 fév.1981, JCP.1981.II.19628 ; Com.12 juill.1994, B.IV, n°260.

- quand la fraude a été accomplie en **prévision d'une créance future**. C'est ce que certains appellent la **fraude anticipée**.

- **Exemple** : personne qui fait une donation à ses enfants avant de clôturer son compte et de causer volontairement un dommage⁹⁸.

S'agissant des qualités de la créance, faut-il qu'elle soit certaine, liquide et exigible ? Partant de la condition d'antériorité de la créance, on peut en déduire qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit liquide et exigible **au moment de l'acte frauduleux** puisque l'existence d'un principe de créance suffit⁹⁹. **Au moment de l'exercice de l'action**, la créance doit être certaine, d'évidence il faut que la créance soit née et que son existence soit certaine¹⁰⁰. **Faut-il qu'elle soit alors liquide et exigible ?** La Cour de cassation répond par la négative pour la condition d'exigibilité. Elle admet l'action paulienne contre des cautions qui, pressentant la défaillance du débiteur principal, tentent de se dépouiller au détriment des créanciers garantis, alors même que le compte courant du débiteur n'est pas clôturé et la créance exigible¹⁰¹. Pour l'exigence de liquidité, la situation semble plus confuse¹⁰².

b) Les conditions relatives à l'acte du débiteur.

L'acte du débiteur pourra être critiqué par l'action paulienne s'il présente certaines conditions.

1°) Tout d'abord, **l'acte doit présenter certains caractères**. Pour pouvoir être attaqué, et outre les précisions faites quant au domaine d'application, l'acte du débiteur doit causer un **appauvrissement caractérisé**¹⁰³, sans quoi le gage général du créancier ne s'en trouve pas affecté. Il faut donc un **acte déséquilibré** : une donation, une vente à prix bas.

Un acte normal ne porte pas préjudice aux créanciers. C'est pourquoi les **dettes nouvelles** (*ne diminuent pas l'actif du patrimoine même si la part respective*

⁹⁸Civ.1, 7 janv.1982, B.I, n°4.

⁹⁹ cf. encore Cass.Civ.1, 15 janv. 2015, n°13-21174

¹⁰⁰ Par exemple récemment, Cass.Civ.1, 16 mai 2013, JCP, 2013, II, 1498, note Ph.Simler. L'arrêt soulève néanmoins quelques interrogations.

¹⁰¹Cf. A propos d'un compte courant non encore clôturé, Civ.1, 4 nov.1983, B.I, n°254 RTDCiv.1984.719, obs.J.Mestre.

¹⁰² Traditionnellement : Civ.1, 10 déc. 1974, D.1975, 777, note Simon, ou encore, Civ.1, 5 juillet 2005, D.2005.IR.2174 (considérant que la liquidité est une condition de recevabilité de l'action). **Contra** Civ.3, 25 fév. 2009, n°07-18625.

¹⁰³Un refus d'enrichissement ne donne pas lieu à l'action paulienne (ex, refus d'accepter une donation). Mais, la solution est différente en cas de renonciation à une succession car elle est dévolue de plein droit dès l'instant du décès de sorte que le refus de l'accepter emporte réellement appauvrissement.

des créanciers diminue), la **vente** (*bien remplacé par le prix*), un **paiement** (*existence d'une contrepartie*) ou encore un **partage** (*n'altère pas les droits des copartageants*) ne peuvent être attaqués.

2°) Ensuite, **l'acte doit causer un préjudice au créancier. Pendant longtemps**, le préjudice consistait en **l'insolvabilité du débiteur** qui devait exister au moment où le créancier agissait¹⁰⁴. L'acte d'appauvrissement devait avoir provoqué ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. S'il demeurait solvable, l'action était rejetée. Cette condition d'insolvabilité a aujourd'hui été **assouplie**. Deux constats permettent de juger de ces assouplissements :

► en effet, on constate que ce n'est pas un critère quantitatif (ou comptable) qui est pris en compte pour l'appréciation de ces conditions, mais **plutôt les chances réelles du créancier d'être payé**¹⁰⁵. C'est le cas ainsi quand la jurisprudence reçoit l'action paulienne lorsque le débiteur a substitué des biens aisément dissimulables à des biens facilement saisissables¹⁰⁶.

► la condition d'insolvabilité **disparaît** même lorsque la jurisprudence admet l'action paulienne alors que le débiteur ne s'est ni appauvri, ni rendu insolvable, mais a compromis le droit préférentiel du créancier demandeur : c'est le cas d'un créancier titulaire d'une sûreté réelle.

- Exemple : Cas des débiteurs (bailleurs) qui donnent à bail à un preneur, complice, pour une durée de 12 ans (durée inhabituelle) des biens hypothéqués qui s'en trouvent dès lors diminués en valeur contribuant ainsi à rendre illusoires les sûretés¹⁰⁷. Cas de ventes successives à des acquéreurs complices d'un immeuble hypothéqué pour un prix très inférieur à sa valeur¹⁰⁸.

Des auteurs considèrent donc que la principale condition est la fraude qui doit consister, **non plus dans l'intention de nuire** comme jadis, mais dans la **simple**

¹⁰⁴ Sur la date d'existence de l'insolvabilité : elle doit exister au moins en l'état de risque lors de l'acte litigieux. Elle doit exister effectivement à la date de l'introduction de l'instance car le créancier n'aurait plus d'intérêt à agir si le débiteur était solvable (Com.14 nov. 2000, Defrénois, 2001, art.37309, n°8, R.Libchaber).

¹⁰⁵ C'est l'idée que les poursuites seront rendues plus difficiles.

¹⁰⁶ Civ.1, 18 fév. 1971, D.1972, 53, note E.Agostini ; Com, 1 mars 1994, B.IV, n°81, précité.

¹⁰⁷ Cass.Civ.1, 18 juillet 1995, D.1996, 391.

¹⁰⁸ Civ.3, 22 janv.1997, D.1998, SC, 105, obs S.Piedelièvre.

connaissance du préjudice causé au créancier par l'acte fait¹⁰⁹. La fraude s'apprécie au moment où le débiteur se dépouille¹¹⁰. Pour le débiteur, cette condition est facilement remplie car dès l'instant où il connaît sa situation patrimoniale, il ne peut ignorer qu'en acceptant un contrat désavantageux (ou en consentant un acte à titre gratuit), il porte préjudice à ses créanciers.

3°) Enfin, **l'action paulienne n'est efficace que si elle atteint un tiers complice**. Parce qu'elle est une action de nature personnelle, elle ne peut avoir d'effet que sur le débiteur. Sa véritable efficacité est donc subordonnée au fait qu'elle puisse atteindre la complicité d'un tiers qui peut être un ayant cause à titre universel, un acquéreur ou un sous-acquéreur. Une distinction doit être faite entre **deux hypothèses** :

► Si **l'acte est à titre gratuit**¹¹¹, la fraude du débiteur est suffisante et il n'y a **pas à démontrer la complicité du tiers**. L'explication est simple : le tiers donataire ne lutte que pour conserver un gain (*de lucro capiendo*) alors que le créancier lutte pour éviter un préjudice (*de damno vitando*). Dans ces conditions, les intérêts du créancier victime des agissements de son débiteur l'emportent sur ceux du donataire, même de bonne foi¹¹².

► Si **l'acte est à titre onéreux**, la sécurité des transactions exige qu'il ne puisse être remis en cause que si le **tiers a été complice de la fraude** du débiteur. Cette condition a été consacrée par l'article 1341-2 in fine. On ne peut priver le tiers de son acquisition s'il a été de bonne foi. Dans ce cas, c'est au créancier de démontrer qu'il a été complice de la fraude. On considère que la complicité est suffisamment caractérisée si le tiers connaît l'insolvabilité du débiteur et sait que l'acte préjudicie à ses créanciers¹¹³.

S'agissant d'un **sous-acquéreur** qui aurait acheté le bien à l'acquéreur du débiteur, on considère qu'il sera toujours à l'abri de l'action, si son auteur (donc l'acquéreur) y échappait lui-même, autrement dit s'il est acquéreur à titre onéreux de bonne foi. En revanche, le sous-acquéreur ne sera exposé à l'action que **dans la mesure où il a lui-même acquis à titre gratuit ou a été de mauvaise foi** et cela, même si, l'acquéreur initial avait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux de mauvaise

¹⁰⁹Civ.1, 14 fév.1995, D.1996.391, note E. Agostini

¹¹⁰ Cass.Civ.1, 17 déc. 1996, D.1998, SC, 116, D. Mazeaud.

¹¹¹ Hypothèse d'une donation faite par le débiteur à un tiers donataire.

¹¹² Et cela malgré l'atteinte à la sécurité des transactions.

¹¹³ Com.14 mai 1996, B.IV, n°134.

foi. Cette double exigence est curieuse¹¹⁴ mais s'explique par des raisons de sécurité des relations contractuelles.

2) Les effets de l'action paulienne.

Elle a pour but de protéger un créancier contre la fraude du débiteur, ce qui explique qu'elle entraîne une **inopposabilité purement individuelle**. L'acte frauduleux du débiteur est donc inopposable au créancier mais uniquement **dans la mesure de son intérêt**. Autrement dit, il demeure valable entre le débiteur et le tiers¹¹⁵.

L'action est individuelle et ne profitera qu'au créancier qui l'a exercée. Il se paiera seul sur le bien restitué et n'aura donc pas à partager avec les autres créanciers le produit de son action¹¹⁶.

De plus, le tiers qui est condamné à restituer ne doit être dépouillé que dans l'exacte mesure nécessaire pour sauvegarder les droits du créancier. Si le bien vaut plus que la créance de ce dernier, il pourra réclamer la différence¹¹⁷. Il a un recours contre son auteur qui est souvent illusoire en raison de son insolvabilité.

SECTION II : L'EXTINCTION PAR SATISFACTION INDIRECTE DU CREANCIER

Nous avons vu que le paiement pur et simple était le mode normal d'extinction des obligations car il fournissait directement la satisfaction due. Les obligations peuvent, néanmoins, s'éteindre moyennant une **satisfaction autre que celle initialement prévue**. L'extinction se réalise alors par une satisfaction indirecte.

Quatre moyens d'extinction doivent être ici présentés¹¹⁸ :

¹¹⁴Si on suivait la logique du cas précédent, en calquant sa situation sur celle de l'acquéreur initial (*Nemo plus juris..*), l'action ne devrait être recevable contre le sous-acquéreur qu'en cas d'acquéreur à titre gratuit, ou d'acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi. Or, en fait, c'est sa seule situation que l'on prend en compte.

¹¹⁵Différence avec la nullité qui est invocable par tous.

¹¹⁶Distinction avec l'action oblique.

¹¹⁷Com.13 fév.1990, B.IV, n°44.

¹¹⁸On pourrait également présenter la **contrepassation** dont la nature juridique a été précisée par la Cour de cassation qui l'a considérée comme un **paiement** (com.7 juin 1994, B.IV, n°200). C'est l'opération qui consiste pour le banquier qui, ayant reçu des chèques et les ayant crédité, doit, lorsqu'ils se révèlent sans provision, annuler ce crédit par une écriture en sens inverse. Parce qu'ils sont considérés comme des paiements, la jurisprudence prive le banquier des garanties qui accompagnaient l'effet contrepassé car il est réputé payé (notamment dans les cas où le compte est insuffisamment crédité pour supporter la contrepassation), cf. A.Bénabent, *op.cit.*, n°838.

- la **compensation** où le créancier ne reçoit rien du débiteur mais il peut désormais lui opposer la créance qu'il détient contre lui pour éviter d'avoir à payer une dette dont il est tenu à son égard.
- la **dation en paiement** où le créancier reçoit du débiteur une prestation autre que celle qui avait été initialement prévue,
- la **confusion** joue lorsqu'un créancier devient débiteur de la dette (à l'égard de son débiteur). Elle évite un paiement qui n'aurait pas de sens.
- la **novation** fait naître un nouveau rapport dépendant du précédent qu'il vient éteindre.

Nous présenterons ces différentes opérations.

1§ LA COMPENSATION.

L'article 1347 définit la compensation comme **l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes**. Il y a donc compensation lorsque deux personnes sont réciproquement créancières l'une de l'autre et que leurs dettes respectives s'éteignent à concurrence de la plus faible. L'opération est aujourd'hui régie par les articles 1347 à 1347-7 du code civil (anc.art.1289 à 1299).

► Avantages :

- la compensation **simplifie les paiements** et évite ainsi la circulation d'instruments monétaires. Cet avantage explique d'ailleurs son développement croissant dans la pratique contemporaine.
- même si elle est considérée comme un « mode normal de paiement »¹¹⁹, la compensation confère au créancier chirographaire **l'équivalent d'une sûreté**. C'est ainsi que celui qui pourra se payer sur ce qu'on lui doit, est payé par préférence aux autres créanciers. La difficulté qui apparaît alors est que cette pratique est **contraire à l'égalité ou à la loi du concours qui existe entre les créanciers**. Elle est, de ce fait, parfois prohibée notamment dans le droit des procédures collectives (anc. faillite). Elle n'y est admise qu'avec l'exigence d'une condition supplémentaire par rapport au droit commun : la condition de **connexité** des dettes réciproques.

¹¹⁹ Encore récemment, Cass.Civ.1, 24 oct. 2019, n°18-20586, JCP G 2020, 677, n°7, obs.G.Loiseau.

Plusieurs espèces de compensation existent aujourd'hui. Il conviendra de distinguer successivement, la plus importante, la **compensation légale** (A) des autres formes de compensation inventée par la pratique : **les compensations conventionnelle et judiciaire** (B).

A. La compensation légale.

Nous en présenterons les conditions et les effets.

1) Les conditions de la compensation légale.

Pour que la compensation puisse jouer, il faut des conditions se trouvent réunies (a). Mais, elle est écartée en présence de certaines circonstances qui y mettent obstacles (b).

a) La réunion de certaines conditions.

Les articles 1347 et 1347-1 conduisent à **retenir 5 conditions** pour qu'il y ait compensation : les dettes doivent être **récioproques, fungibles, liquides, certaines et exigibles**. Absente des textes, certains auteurs¹²⁰ soulignent que la créance doit être **disponible** mais cette condition ne se manifeste véritablement qu'en faisant obstacle à la compensation (cf. b)).

► **Condition de réciprocité** : cette condition découle de l'article 1347. C'est l'idée que les dettes doivent exister en sens inverse entre les deux mêmes personnes, on parle de dettes récioproques ou croisées. Plus exactement, il faut que les deux personnes soient **simultanément** et **personnellement** créancières et débitrices l'une de l'autre.

Cette condition de réciprocité soulève parfois des difficultés. En voici quelques illustrations :

→ Lorsqu'une personne **agit avec deux qualités différentes**, les dettes croisées n'existent pas véritablement, malgré les apparences, entre les mêmes personnes. Il y a en fait des personnes juridiques distinctes. C'est le cas lorsqu'une personne, à la fois créancière d'une société et débitrice du gérant de cette société, ne peut invoquer la compensation qui existerait entre les deux rapports¹²¹. Néanmoins, la

¹²⁰ A. Bénabent, *op.cit.*, n°779.

¹²¹ Com.29 fév.1973, B.IV, n°82.

jurisprudence a admis que la fictivité des personnes (il n'existe en réalité qu'une seule personne morale) et la confusion des patrimoines autorisaient la compensation entre les dettes d'un tiers et ses créances sur deux sociétés juridiquement distinctes, mais qui formaient une seule entité économique¹²². Cette confusion de patrimoine fait tomber leur distinction juridique.

→ la réciprocité peut, dans certains cas, être affectée par le changement de titulaire d'une des créances par cession ou subrogation. Raisononnons sur le cas suivant :

Exemple : A peut opposer la compensation à B. B cède sa créance à C, et donc A perd l'avantage attaché à la compensation. En effet, il devra payer C et attendre le paiement de B. *Quid* si B devient insolvable ? Dans cette hypothèse, le transfert cause un préjudice à A ! La jurisprudence parvient à sauvegarder les droits de A dans le cas où les dettes réciproques sont connexes (*ie*, issues d'un même rapport, généralement d'un même contrat¹²³). En effet, elle décide que le débiteur peut opposer au cessionnaire une compensation avec le cédant, même postérieure à la cession, lorsque les créances réciproques présentent un lien de connexité¹²⁴.

► Condition de fongibilité :

Les deux obligations doivent avoir pour objet des choses fongibles entre elles (art.1347-1, al.1 ; anc.art.1291, c.civ.). Avant la réforme, on considérait que la compensation était exclue pour les obligations de faire, de ne pas faire et pour une grande partie des obligations de donner. En effet, la compensation doit placer les parties intéressées dans la même situation que si le paiement avait eu lieu, puisque chacun doit avoir reçu ce à quoi il avait droit. La compensation se produit le plus souvent entre obligations de somme d'argent¹²⁵. Il ne saurait y avoir de compensation entre une créance de somme d'argent et l'obligation de restituer des

¹²²Com.9 mai 1995, *Cema/Lapidor*, Bull.civ.IV, n°130, JCP.95.II.22448, rapp. JP.Rémery ; D.1996.322, note G.Loiseau. Il y avait eu une extension du redressement judiciaire de la première société à la deuxième, et donc il n'existait qu'une seule personne morale ; la conséquence étant alors que les deux patrimoines étaient confondus.

¹²³Cf. *infra*, les développements sur la connexité.

¹²⁴Civ.3, 30 mars 1989, B.III, n°77 ; Soc.7 mai 1987, B.V, n°294 (rendu en matière de subrogation mais transposable à la cession de créance). Com.14 janv.1997, B.IV, n°16.

¹²⁵L'al.2 de l'art.1291 prévoit, à l'exigence d'une parfaite fongibilité, une exception, celle de la fongibilité imparfaite, « *entre les prestations en grains ou denrées.....dont le prix est réglé par les mercuriales* », autrement dit par une cote officielle. Ces biens peuvent donc se compenser avec des espèces. F.Terré, P.Simler et Y. Lequette, *op.cit.*, n°1395.

objets prêtées¹²⁶. L'article 1347-1 al.2 précise désormais que sont fongibles **les obligations de somme d'argent** (même en différentes devises pourvu qu'elles soient convertibles) ou celles qui ont **pour objet une quantité de choses de même genre**.

► Condition de liquidité :

Seules les créances liquides peuvent se compenser (art.1347-1, al.1), c'est à dire les **créances déterminées dans leur montant et non contestées**. Il est compréhensible qu'une créance dont le montant n'est pas déterminé ne peut pas faire l'objet d'une compensation (ex, un préjudice à évaluer, une indivision à liquider).

► Condition de certitude :

Cette condition est clairement mentionnée à l'article art.1347-1, al.1. C'est l'idée que la créance ne doit pas être contestée dans son existence, on évoque le **caractère certain de la créance**. Cette condition est généralement associée à la condition de liquidité¹²⁷. De fait, une créance conditionnelle n'est pas liquide car son existence est encore incertaine. En réalité, **la condition de liquidité suppose généralement celle de certitude**.

► Condition d'exigibilité :

Pour que la compensation puisse jouer, il faut que les deux dettes soient exigibles (art.1347-1, al.1). Si, par exemple, l'une des deux créances est à terme, la compensation ne pourra pas se produire car cela reviendrait à priver celui qui bénéficie du terme d'un avantage. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un terme légal ou conventionnel. En effet, toute différente est la solution en présence d'un terme de grâce puisque, selon l'art.1347-3 (anc.art.1292), le « **terme de grâce ne fait pas obstacle à la compensation** ». La solution est compréhensible car ce terme constitue une **faveur** qui est faite par le juge au débiteur qui n'est pas en mesure d'acquitter sa dette échue. Si les conditions de la compensation se trouvent réunies, c'est la preuve qu'un moyen de payer la dette existe¹²⁸.

¹²⁶Civ.1, 10 juin 1987, B.I, n°187 ; Civ.1 24 fév.1993, B.I, n°82, D.1994, som.19, note Lasserre-Jeanin (refus de compensation entre créance de somme d'argent et dette portant sur des bons de caisse).

¹²⁷P.Malaurie, L.Aynès & Ph. Stoffel-Munck, , *op.cit.*, n°1188.

¹²⁸Com.17 mai 1994, B.IV, n°178.

b) Les obstacles à la compensation.

Il s'agit de conditions qui ne doivent pas être réunies sous peine d'exclure le jeu de la compensation légale. Certains évoquent ici des conditions négatives, il s'agit alors des obstacles à la compensation. Ces obstacles peuvent tenir à plusieurs raisons : à la nature de la créance, à la protection des tiers, voire à une impossibilité de paiement.

1°) Les obstacles tenant à la nature des créances : Ne peuvent ainsi s'éteindre par le biais de la compensation :

- les **créances insaisissables et les créances alimentaires** (art.1347-2, anc.art.1293-3°). Partant du constat que l'insaisissabilité des créances fait obstacle à la compensation, certains auteurs estiment alors que les créances en cause doivent être **disponibles**¹²⁹. Il y aurait là une autre condition de la compensation légale.
- les **créances de salaires**, même pour la fraction saisissable. Aucune compensation n'est donc possible entre le salaire dû à un ouvrier et les sommes que celui-ci doit à son employeur pour des fournitures qui lui ont été faites¹³⁰.
- la **créance de restitution d'un bien dont une personne aurait été injustement dépouillée** n'est pas compensable avec celle dont elle serait débitrice à l'égard de son spoliateur (voleur, art.1347-2 c.civ. ; anc.art.1293-1°)¹³¹,
- de même, pour les **créances en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage** (art. 1347-2 c.civ. ; art.1293-2°), puisque le dépositaire (ou emprunteur), auquel le déposant (ou prêteur) a fait confiance, doit d'abord restituer¹³².
- pour les **créances fiscales**, la compensation ne peut être opposée à l'Etat ou aux collectivités publiques en raison de la présomption de solvabilité du débiteur et de l'affectation des créances aux besoins de la collectivité.

2°) Les obstacles tenant à la protection des tiers.

¹²⁹ A.Bénabent, op.cit., n°779.

¹³⁰ Volonté d'assurer la protection de l'ouvrier contre la volonté d'acheter des fournitures auprès de son employeur (sauf quelques rares fournitures, art.L.3251-1 et 3251-2 C. trav.).

¹³¹ Dans ce cas, le voleur devra d'abord restituer, et seulement ensuite il pourra réclamer le paiement de sa créance. Pour une application en matière de recel successoral, Civ.1, 6 mai 1997, JCP.1997.II.22932, note G.Loiseau.

¹³² Dans ces deux derniers cas, il est presque évident que l'obstacle à la compensation tient au fait que les créances ne sont pas en fait fongibles.

L'art.1347-7 (anc. art.1298) dispose que « *La compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par des tiers* ». Parce qu'elle constitue un paiement, elle ne peut donc intervenir dans les cas où des obstacles s'y opposent. C'est le cas lorsque **des tiers viennent à acquérir des droits rendant ainsi la créance indisponible et empêchant la compensation**. C'est notamment le cas en matière de cession de créance à partir de la prise d'acte sans réserve de la cession par le débiteur¹³³. Ainsi, la compensation postérieure à la prise d'acte est inopposable par le débiteur au cessionnaire (article 1347-5, anc.art.1295 c.civ.)¹³⁴. Il en va de même, en cas de subrogation, dès le moment du paiement subrogatoire.

3°) Les obstacles tenant à l'impossibilité du paiement.

Deux hypothèses doivent ici être soulignées.

► C'est le cas en cas de **procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire d'une entreprise**.

Dans certains cas, le débiteur n'est plus en droit de payer librement ses dettes, ni les créanciers d'exercer des poursuites individuelles car ils doivent être payées de façon égalitaire, proportionnellement à leurs droits, lors d'une procédure collective. De même, les dettes du débiteur ne pourraient lui être opposées en compensation, car elle réduirait alors l'actif du débiteur et constituerait un privilège au profit du créancier, qui aurait la qualité de débiteur du failli.

L'article L.622-7 du code de commerce dispose ainsi que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes* ».

Ce texte interdit donc la compensation légale avec une dette du débiteur dès lors que les conditions de la compensation ne sont remplies qu'après le jugement d'ouverture de la procédure¹³⁵.

Le texte réserve néanmoins une **exception** lorsqu'elle affecte des **créances connexes** et que le créancier a **régulièrement déclaré** sa créance au représentant des créanciers. Dans ce cas, la compensation légale produira son effet extinctif même si

¹³³ Avant la réforme de 2016, c'était avant la signification de la cession au débiteur. Pour l'explication, cf. F.Terré, Ph.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1400 & 1291, note 7.

¹³⁴ Ce texte envisage différemment le jeu de la compensation lorsque le débiteur a accepté la cession dans un acte authentique ou même dans un acte sous seing privé puisque, dans ce cas-là, il ne peut opposer au cessionnaire aucune compensation antérieure à laquelle il a renoncé (art.1295 al.1). Il pourrait en revanche opposer une compensation si la cession lui a été simplement signifiée, du moins la compensation antérieure (art.1295 al.2).

toutes ses conditions ne sont pas réunies. Cette compensation pour créances connexes permet de suppléer à certaines conditions normalement requises. Elle a été retenue pour des créances non liquides et non exigibles¹³⁶. La seule condition absolument nécessaire serait l'existence de créances réciproques certaines. La **connexité** traduirait l'idée d'un **lien étroit entre les créances réciproques**. Des auteurs parlent ici de *super-compensation*¹³⁷. **Utilisée dans le cadre des procédures collectives, elle a été étendue à d'autres hypothèses par-delà cette matière.**

► L'autre hypothèse concerne **la saisie de la créance**.

La compensation est paralysée par l'impossibilité du paiement lorsque l'une des créances a fait l'objet d'une saisie. C'est le cas du débiteur qui devient créancier de son créancier, postérieurement à la saisie-pratiquée par un tiers entre ses mains. Il ne pourra opposer la compensation au saisissant (anc.art.1298). Existant dans le cadre de l'ancienne saisie-arrêt, cette solution est encore plus évidente depuis la loi du 9 juill.1991 relative aux procédures civiles d'exécution puisque la saisie-attribution emporte, en effet, **attribution immédiate** au profit du saisissant de la créance saisie entre les mains du tiers (*art.43, L.1991, auj. L.211-2, C.proc.civ.ex.*). Cette impossibilité de compenser s'explique donc par l'absence de réciprocité des obligations puisque le saisi n'est plus le titulaire de la créance ; alors qu'elle tenait, avant 1991, au blocage de la créance entre les mains du débiteur.

En tous les cas, pour que la compensation soit exclue, cela suppose que la saisie-attribution ait eu lieu avant que les conditions de la compensation légale soient réunies. Dans le cas contraire, c'est la compensation qui ferait obstacle à la saisie car la créance se trouverait tout simplement éteinte.

2) Les effets de la compensation légale.

La compensation légale produit un double effet puisqu'elle éteint l'obligation (a) et, cela, de manière automatique, de plein droit (b).

a) L'effet extinctif de la compensation :

Cet effet est rappelé par l'art.1347 c.civ qui évoque **l'extinction simultanée d'obligations** réciproques entre deux personnes (al.1) qui s'opère à **due concurrence**. L'ancien article 1290 précisait que « *les dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à*

¹³⁵Solution sévère pour le créancier qui doit payer sa dette et ne peut produire au passif pour sa créance.

¹³⁶Req.22 fév.1932, DH.1932.203 : Compensation opposée par des locataires (débiteurs de loyers) en raison de la nécessité de grosses réparations incombant au bailleur.

¹³⁷F.Terré, P.Simler & Y.Lequette, op.cit., n°1403.

concurrence de leurs quotités respectives ». Autrement dit, la plus faible va être éteinte entièrement et la plus forte le sera partiellement. Cette dernière subsistera pour la différence, par exception au principe de l'indivisibilité du paiement.

L'effet extinctif se produit au jour où les deux dettes ont coexisté avec les qualités requises (art.1347 al.2). C'est en cela qu'il y a un **double paiement**.

Il produit des conséquences importantes. Ainsi, **l'extinction s'étend aux accessoires de la dette** (hypothèques, privilèges et cautionnements). Ensuite, lorsqu'il y a **plusieurs dettes compensables, on suit les règles de l'imputation des paiements** pour déterminer celle qui est éteinte (art.1347-4). Enfin, la compensation interrompt la prescription comme le paiement¹³⁸.

b) L'automatisme de la compensation

L'ancien art.1290 dispose que « *la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* » et le texte ajoute que les deux dettes s'éteignent « *à l'instant où elles se trouvent exister à la fois* ». C'est le caractère automatique de la compensation.

La doctrine dominante critique cet automatisme en considérant qu'il n'y a là qu'une vue théorique et artificielle des choses dans la mesure où il est pratiquement impossible qu'un effet juridique se produise de plein droit, sans que les intéressés en réclament le bénéfice. C'est pourquoi le principe comportait de sérieuses limites et notamment elle ne jouait qu'autant que l'un des débiteurs s'en prévalait.

Issu de la réforme, l'article 1347 al.2 prend en compte ces critiques doctrinales et les évolutions jurisprudentielles passées en disposant que la compensation « *s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies* ». Deux idées se dégagent ainsi du texte :

► **la compensation ne joue qu'autant que l'un des débiteurs l'invoque¹³⁹. Deux conséquences** découlent alors de ce constat :

¹³⁸Cet effet interruptif de la prescription ne se produit néanmoins que si la compensation a été invoquée par le débiteur, comme d'ailleurs l'effet extinctif, Com.6 fév.1996, D.1998.87, note V. Brémond.

¹³⁹ Il s'agit d'une faculté et non d'une obligation de l'invoquer, sous réserve que la renonciation à la compensation ne caractérise pas un acte anormal de gestion (CE, 22 Fév. 2017, n° 387661, Bull. Joly 2017, p. 298, note G. Dedeurwaerder ; Dr fisc. 2017, n° 21, comm. 320, note C. Cassan et K. Djamah). Pour une illustration de cette faculté dans le cas où l'une des parties fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, cf. Cass.Com. 9 oct. 2019, n°18-17730, JCP 2020 G, doct. 677, n°8. Obs .M.Billiau)

→ parce que la compensation n'est **pas un moyen d'ordre public**, le juge ne peut d'office le soulever. Ainsi si un créancier assigne son débiteur, alors même que les conditions de la compensation sont réunies, le juge ne pourra pas la soulever d'office¹⁴⁰. Il condamnera donc le défendeur au paiement de sa dette.

→ le débiteur peut **renoncer à se prévaloir de la compensation**. En d'autres termes, le débiteur peut conserver sa créance contre l'autre partie, et peut donc la faire valoir. Cette situation est évoquée notamment à l'article 1347-5. On constate que cette renonciation est rarement expresse ; elle est plus souvent tacite.

ℒ► Exemples de renonciation tacite :

- C'est le cas du débiteur qui paie volontairement sa dette alors qu'il pouvait invoquer la compensation.
- Cas du débiteur qui est assigné en paiement et qui n'oppose pas la compensation.
- Cas de celui qui, en connaissance de l'existence de créances et dettes réciproques présentant un caractère de connexité, procède au paiement de la totalité de la dette alors qu'il aurait pu se prévaloir de l'exception de compensation et ne payer que le solde entre sa dette exigible et sa créance. Ce paiement établit la renonciation à se prévaloir de la dette¹⁴¹.

Avant la réforme, l'ancien article 1299 précisait que la **renonciation ne pouvait pas porter préjudice aux avantages que la compensation avait procurés aux tiers**¹⁴². C'est-à-dire qu'à l'égard de ceux-ci, la compensation a réellement produit son effet de droit, la renonciation n'ayant d'effet qu'entre les parties. Autrement dit, le créancier qui, en connaissance de cause, n'invoque pas la compensation légale dont il bénéficiait, et paye la dette qu'il devait à son débiteur ; perd ainsi les sûretés qui garantissaient sa créance. Selon l'ancien article 1299, les sûretés qui garantissaient cette créance restent éteintes, l'intéressé ne pourra pas les faire valoir au préjudice des autres créanciers¹⁴³. Un auteur dit que la renonciation est comme inopposable

¹⁴⁰ Req 11 mai 1880, DP 1880, 1, p.470.

¹⁴¹ Com. 11 Juin 2014, n°13-16252, *inédit*

¹⁴² On soulignera par ailleurs que certaines décisions ont pu considérer que la renonciation à la compensation pouvait caractériser un acte anormal de gestion. Ainsi le Conseil d'État tempère cette faculté de renonciation et considère que l'abstention volontaire de procéder à la compensation légale est susceptible de constituer un acte anormal de gestion (Conseil d'État le 22 février 2017, *précité*).

¹⁴³ A titre d'illustration : imaginons des créances réciproques entre C et A. Une créance garantie par une hypothèque de 1er rang (détenue par A). Du fait de l'extinction de la créance (et donc de l'hypothèque) par

aux tiers¹⁴⁴. Cette préoccupation semble reprise dans l'actuel article 1347-7 dont la formulation reste toutefois plus générale.

► **la compensation joue de manière rétroactive.** L'article 1347 al.2 précise que la compensation joue *à la date où ses conditions se trouvent réunies*. On retrouve là l'idée du caractère automatique de la compensation. Elle va donc produire **ses effets à la date où les deux dettes ont coexisté avec les caractères requis**, et non à la date où le débiteur l'a invoquée. **Il y a donc un effet rétroactif.** Néanmoins, la compensation ne pourra préjudicier pas aux droits acquis par des tiers (art.1347-7).

B. La compensation conventionnelle et judiciaire.

Avant la réforme, le code civil ne prévoyait que la compensation légale. Mais, deux autres formes de la compensation s'étaient développées en marge de ses dispositions dès lors que les conditions de la compensation légale n'étaient pas remplies : la compensation conventionnelle et la compensation judiciaire.

La réforme consacre ces deux formes dans une section consacrée aux règles particulières de la compensation (art.1348 à 1348-2). Nous les envisagerons successivement.

1) La compensation conventionnelle¹⁴⁵

L'article 1348-2 du code civil précise que « *les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation* ». Cette forme de compensation repose sur la liberté contractuelle et l'idée que deux personnes, réciproquement créancière et débitrice, peuvent compenser leurs obligations. Dès lors qu'elles sont d'accord, elles peuvent compenser une dette à terme avec une dette exigible, ou même deux dettes qui n'ont pas le même objet (ex ; somme d'argent et corps certain) ou même des corps

L'automatisme de la compensation, le second créancier hypothécaire (B) est remonté au 1^{er} rang. B y restera, bien que le créancier (A), qui le primait, ait renoncé à la compensation. **Attention, cette règle se heurte néanmoins à une exception.** C'est le cas lorsque le débiteur a légitimement ignoré l'existence d'une créance contre son créancier, et donc la possibilité de la compensation. S'il a payé en ignorant une telle circonstance, l'effet de plein droit sera totalement écarté même à l'égard des tiers. Ainsi, pour reprendre notre exemple, si C, débiteur de A et B, renonce à la compensation et, paye, en ne sachant pas qu'il est titulaire, contre A, d'une créance compensable provenant de l'ouverture d'une succession dont il n'a pas eu connaissance (ou de la découverte d'un testament). Dans ce cas, l'effet de plein droit est écarté détriment de B qui reste au 2^{ème} rang. Solution intéressante dans le cas où la compensation n'intervient que partiellement entre A et C puisque A demeurera encore créancier de 1^{er} rang pour le reste, devant B.

¹⁴⁴J.Flour & alii, n°461.

¹⁴⁵ Sur cette opération et son utilité contemporaine, cf.A.M.Toléro, RTDCiv.2000.265.

certaines différents (cheval avec de l'argent)¹⁴⁶.

Même si elle repose sur la liberté contractuelle, tout n'est pas permis. En effet, la compensation conventionnelle se heurte à certains obstacles infranchissables puisqu'elle ne peut pallier l'absence de réciprocité ou de disponibilité de la créance. C'est ainsi que le créancier qui transmet sa créance à une société d'affacturage par voie de subrogation ne peut plus conventionnellement obtenir une compensation entre cette créance et une dette envers le débiteur¹⁴⁷.

Sur les effets de cette compensation, l'article 1348-2 précise qu'elle prend **« effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence »**. A la **différence de la compensation légale**, cette compensation n'est pas déclarative (avec effet rétroactif) mais **constitutive** d'une situation nouvelle. **Elle ne produit donc effet qu'à compter de la convention**. Elle suppose aussi, contrairement à la première, la **capacité** et le **pouvoir de disposer** des droits ainsi volontairement éteints.

2) La compensation judiciaire.

Envisagée exclusivement par le Code de procédure civile¹⁴⁸, la compensation judiciaire fait désormais l'objet de deux dispositions dans le code civil qui envisagent en réalité deux situations différentes, un cas général et un cas plus spécifique.

► **Cas générale de compensation judiciaire.** Aux termes de l'article 1348, la compensation peut être prononcée en justice, même si l'une des obligations, **quoique certaine, n'est pas encore liquide ou exigible**. Il s'agit donc d'une hypothèse où toutes les conditions de la compensation légale ne sont pas réunies puisqu'ils manquent les conditions de liquidité et d'exigibilité. En revanche, les autres conditions doivent être respectées.

Ce cas de compensation diffère manifestement de la compensation légale qui **est de droit** et qui peut être invoqué en tout état de cause. Au contraire, la compensation judiciaire **s'inscrit de manière générale dans une demande reconventionnelle** (art.70 c.proc.civ.) et suppose que **les conditions de la compensation légale ne soient pas remplies**.

¹⁴⁶ L'opération se rapproche alors d'une double dation en paiement réciproque

¹⁴⁷ Com.23 juin 1992, B.IV, n°246.

¹⁴⁸ L'article 70 du cpc dispose ainsi que *« les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant,, toutefois, la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien »*. L'article 564 énonce, à propos de l'appel, que *« les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation »*.

En réalité, les juges du fond se reconnaissent **le droit discrétionnaire d'accorder le bénéfice de la compensation demandée reconventionnellement**. Ils procèdent ainsi à la liquidation de la créance pour pouvoir opérer la compensation. Le cas de figure type est celui d'une créance certaine, fondée dans son principe (conditions minimum), mais **non encore exigible ou/et liquide**

L'article 1348 précise que **la compensation produit alors ses effets à la date de la décision qui la prononce** et qui liquide par la même occasion la créance ; à moins qu'il n'en soit décidé autrement dans la décision.

► **Cas particulier de la compensation judiciaire pour dettes connexes.** Avant la réforme de 2016, la jurisprudence a progressivement admis que la compensation judiciaire pouvait intervenir entre des **dettes pour lesquelles la compensation légale était formellement exclue**. Elle a ainsi consacré **l'autonomie de la compensation judiciaire**¹⁴⁹, en considérant que les exceptions de l'ancien art.1293 ne s'appliquaient pas aux créances et dettes faisant l'objet d'une demande en compensation judiciaire. Cette conception extensive de la compensation judiciaire s'était notamment développée en matière de **compensation pour dettes connexes**.

Cette forme de compensation est **issue directement du droit des procédures collectives**, qui admet que la compensation peut jouer pour des créances antérieures au jugement d'ouverture alors même que les conditions de la compensation n'étaient pas réunies à cette date. La **connexité** traduirait **l'idée d'un lien particulièrement étroit entre les créances réciproques**, résultant très souvent du fait que les deux obligations réciproques sont issues du même rapport contractuel. La jurisprudence a une compréhension assez large du **lien étroit**. Elle a admis la compensation pour des **obligations résultant de contrats distincts** notamment quand les contrats sont conclus en exécution d'une convention définissant un cadre pour le développement des relations d'affaires des parties¹⁵⁰. Elle a même admis la compensation entre une obligation contractuelle et une obligation délictuelle dont le contrat avait été l'occasion¹⁵¹. La Cour de cassation semble actuellement revenir sur cette solution et écarter toute connexité entre des créances de nature différente¹⁵². En revanche, la

¹⁴⁹Civ.1 12 juillet 1956, RTDCiv.1956.737, obs. Mazeaud (pour la restitution d'objets réciproquement volés) ; Civ.1, 10 avril 1973, JCP.1974.II.17605, note J.Ghestin, RTDCiv.1974.150, obs. Loussouarn.

¹⁵⁰cf. Com.9 mai 1995, Bull.civ.IV, n°130, JCP.95.II.22448, rapp. JP.Rémery ; D.1996.322, note G. Loiseau.

¹⁵¹Com.2 juill.1973, D.1974.427, note Ghestin.

¹⁵²Refus de la retenir lorsque l'une des créances opposée en compensation est dépourvue de fondement contractuel, encore qu'elle soit née à l'occasion de l'exécution d'un contrat : cette dernière circonstance est insuffisante pour établir la communauté d'origine caractéristique de la connexité Com 14 mai 1996, B.IV, n°133 ; Com.22 avril 1997, B.IV, n°101, *R.D.banc.bourse*, 1997.129, note Campana et Calendini. Dans le même sens plus récemment, Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-17.872, JCP 2013, I, 897, §10, obs. G.Loiseau.

compensation pour des dettes connexes a été exclue entre la dette d'apport d'un associé et sa créance en compte courant sur la société¹⁵³, voire entre les dettes issues de ventes successives mais distinctes entre les mêmes parties¹⁵⁴. La jurisprudence refuse également que cette connexité soit stipulée contractuellement¹⁵⁵.

L'article 1348-1 intègre désormais **la compensation judiciaire pour dettes connexes** dans le code civil. Le texte prévoit ainsi que le juge **ne peut refuser la compensation de dettes connexes** au seul motif **que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible**. On comprend donc que, dès lors que les autres conditions sont réunies (réciprocité, certitude et fongibilité), le juge, en présence de dettes connexes, **devra** constater ce cas de compensation. **Lorsque les dettes sont connexes, l'effet extinctif de la compensation est réputé s'être produit au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles** (art.1348-1 al.2).

En conclusion, on soulignera que les deux formes de compensation judiciaire se différencient. Contrairement à la compensation judiciaire qui demeure **facultative**, la compensation pour dettes connexes est **obligatoire** pour le juge. En outre, cette dernière est opposable dans le cadre des procédures collectives (L.622-7 c.com.) contrairement au cas général de compensation judiciaire.

2§ LA DATION EN PAIEMENT.

Il y a dation en paiement lorsque le débiteur se libère en remettant au créancier une chose autre que celle qui lui est due. Le siège textuel de la dation en paiement est désormais l'article 1342-4 al.2 qui prévoit désormais que le créancier *« peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû »*.

- **Exemple** : Cas du débiteur qui doit 1000 €, et à la place de cette somme, il va remettre un meuble de la même valeur.

La dation en paiement suppose donc la **remise d'une chose autre que celle initialement due**. C'est ainsi qu'il n'y aura pas de dation lorsque l'objet du paiement correspondra (*en tout ou en partie*) à l'objet de l'obligation¹⁵⁶.

- **Exemple** : la vente d'un véhicule contre le paiement d'un prix diminué de la valeur de reprise d'un autre véhicule. Cession d'un terrain contre la remise d'appartements.

¹⁵³Com.20 mai 1997, B.IV, n°144.

¹⁵⁴Com 7 juill.1998, B.Iv, n°220

¹⁵⁵Com.9 déc.1997, B.IV, n°324, *R.D.banc.bourse*, 1998.74, note Campana et Calendini.

De même, il n'y aura pas de dation en paiement lorsque les parties ont prévu initialement l'objet du paiement dans la définition de l'objet, comme lors d'une obligation alternative.

- **Exemple** : le débiteur paiera 1000 ou remettra tel meuble.

Il n'y avait pas de réglementation d'ensemble de la dation en paiement dans le code civil avant la réforme, mais des dispositions éparses (anc.art.1581 et 2038). C'était la jurisprudence qui en avait précisé le régime sur de nombreux points, qui demeurent d'ailleurs controversés, comme d'ailleurs sa nature juridique. La réforme n'apporte guère d'éléments nouveaux, puisqu'elle envisage à peine l'opération lors des dispositions générales relatives au paiement à l'article 1342-4 al.2 et n'en précise aucunement le régime juridique.

A. Le régime juridique.

Au titre des conditions, la dation en paiement requiert **un accord du créancier**. Et de fait, la dation en paiement est soumise aux conditions ordinaires de validité des conventions. Le consentement des parties doit être exempt de vice¹⁵⁷, et peut être tacite¹⁵⁸, mais la dation ne saurait être imposée au créancier. La charge de prouver la convention de dation pèse sur le débiteur¹⁵⁹.

S'agissant de la **capacité**, c'est celle nécessaire pour réaliser un paiement qui est requise. Autrement dit, on exige la capacité de disposer de celui qui reçoit la dation en paiement et de celui qui la fait.

S'agissant des effets, et à l'instar du paiement, on soulignera que la **dation en paiement éteint la créance et ses accessoires**, dès lors que l'opération est valable. Autrement dit, si la dation en paiement est frappée de nullité, celui qui l'a reçue retrouve sa créance et ses accessoires (ex., cautionnement, hypothèque). Une **exception** déroge néanmoins à ce principe en matière de cautionnement. L'article 2135 du code civil préserve les intérêts de la caution en considérant que la caution demeurera déchargée même si le créancier venait à être évincé du bien qu'il avait accepté en paiement de la dette¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Com.12 fév. 2008, JCP 2008, N, 1181, note H.Hovasse

¹⁵⁷ Paris, 9 avril 2004, RTDCiv 2004, 514, obs. J.Mestre et B.Fages

¹⁵⁸ Civ.1ère, 21 novembre 1995, CCC, 1996, 18, note L. Leveneur.

¹⁵⁹ Civ.3, 13 avril 2005, n°0-10774, RTDCiv 2005, 783, obs. J.Mestre et B.Fages

¹⁶⁰ Civ.1, 13 juin 1979, B.I, n°178, Banque 1979.1374, obs. M.Martin. L'explication vient du fait, qu'en acceptant une dation en paiement, le créancier a pris un risque supplémentaire dont les conséquences ne doivent pas retomber sur la caution.

A côté de ces ressemblances avec le paiement, le régime de la dation en paiement emprunte également à la vente. La jurisprudence estime ainsi que la dation en paiement peut être rescindée pour lésion lorsqu'elle porte sur un immeuble¹⁶¹. Cette ressemblance avec la vente soulève la question de sa nature juridique.

B. La nature juridique de la dation en paiement.

Cette nature est très controversée et ne paraît aujourd'hui complètement tranchée. Plusieurs propositions d'analyse ont été faites s'agissant de la nature juridique de la dation en paiement. Ainsi, elle a pu être analysée notamment¹⁶² comme :

► un **paiement** : de fait, la dation en paiement s'en rapproche notamment de par certaines conditions. Cette approche est critiquée en raison de l'existence d'un élément spécifique, le changement qui survient dans le mode d'exécution¹⁶³.

► une **vente** : l'analyse étant ici que le bien remis au créancier lui est vendu, pour un prix égal au montant de sa créance. Le débiteur devient créancier du prix et cette créance s'éteint par compensation avec sa dette.

D'évidence, des **ressemblances** existent avec la vente. Capacité requise, effet translatif immédiat de propriété, possibilité d'agir en rescision pour lésion, garanties dues par le vendeur, perception de droits de mutation.

Des **différences** viennent néanmoins éloignées cette qualification. En cas d'inexistence de la dette, il y a lieu à restitution du bien donné en paiement, alors que la qualification de vente aurait supposé le paiement du prix. De plus, l'éviction n'a pour effet, en cas de dation, que de faire revivre la créance originelle alors que les effets sont plus étendus en matière de vente (cf. art.1630 c.civ.).

La critique principale adressée à cette analyse est qu'elle scinde artificiellement en deux temps une opération qui est unique dans l'intention des parties. De plus, cette explication serait inexacte lorsqu'une prestation en argent est substituée à la prestation en nature (activité, service) initialement prévue, ou inversement.

¹⁶¹Civ.3, 9 janv.1969, B.III, n°42.

¹⁶² D'autres analyses ont été avancées. Ainsi M. François propose de voir dans la dation en paiement un mécanisme proche de l'obligation facultative. Il s'agirait d'une obligation pure et simple mais qui serait rendue facultative par les parties, au moyen d'une convention modificative, par les parties à un stade proche du paiement et qui serait suivie de l'exécution de la prestation accessoire, J.François, *Traité de droit civil, Tome IV, Les obligations, Régime général*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, n°145. Ayant une approche qui paraît à première vue assez proche, F.Bicheron, *La dation en paiement*, Th. Paris II, éd. Pathéon-Assas, 2006, n°21.

- **Exemple** : c'est le cas du client impécunieux qui règle son dîner au restaurant en faisant la plonge.

Pourtant, cette critique est elle-même fort controversée. Des auteurs considèrent ainsi que la dation, conformément à son étymologie, ne peut avoir pour objet qu'une chose et non une activité et qu'elle exige un transfert immédiat de propriété et la livraison immédiate de la chose donnée¹⁶⁴. La doctrine majoritaire, comme la jurisprudence, ne tiennent pas compte de ce reproche et admettent la dation de choses futures ou la dation à terme (le transfert étant ici différé)¹⁶⁵.

► une novation par changement d'objet :

De fait, la dation permet de remplacer une obligation par une autre en changeant l'objet. Néanmoins, la dation ne répond pas à la définition de la novation car cette dernière suppose la création d'une obligation nouvelle qui vient remplacer une obligation ancienne préexistante qui est corrélativement éteinte. Dans la dation en paiement, aucune obligation nouvelle n'apparaît (sauf à admettre que cette obligation nouvelle serait éteinte par son exécution à l'instant même où elle est créée).

Une autre critique réside dans le fait que l'on scinde là encore l'opération en deux et que l'on présuppose, contrairement à l'art.1330, que les parties ont eu l'intention de nover, ce qui n'est nullement établi.

En conclusion, deux analyses de la dation en paiement sont aujourd'hui proposées :

→celle qui envisage la dation en paiement comme une **opération mixte** tenant à la contraction en un seul moment de la novation et du paiement. **Novation** car il y a substitution à l'obligation initiale d'une obligation nouvelle ayant un objet différent, mais, **paiement** aussi, car cette obligation nouvelle est immédiatement éteinte. C'est une novation qui tient lieu de paiement¹⁶⁶.

→celle qui la considère comme un **mode de paiement particulier**, anormal mais licite qui reposerait sur la liberté et la volonté contractuelle (accord) emportant modification de l'obligation¹⁶⁷.

3§ LA CONFUSION

¹⁶³ J.Flour & alii, n°452.

¹⁶⁴ Mazeaud et Chabas, n°890.

¹⁶⁵ Civ.1, 27 janv.1993, Def.1993, art.35572, p.370, note Aubert, RTDCiv.1994.132, note F.Zénati.

¹⁶⁶ Dans ce sens : Ph. Malaurie, L.Aynès & Ph.Stoffel-Munck, op.cit., n°1180 ; Bénabent, op.cit., n°836.

¹⁶⁷ Favorable F.Terré & alii, n°1324.

La confusion est la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur de l'obligation (art.1349 c.civ.). Les deux qualités se confondent sur la tête de l'un d'eux.

L'exemple type de confusion est le cas où le créancier recueille la succession du débiteur ou inversement. Mais on pourrait citer le cas du locataire qui achète l'immeuble qui lui était loué¹⁶⁸.

Généralement, la confusion concerne les obligations de somme d'argent mais rien n'empêche qu'elle puisse porter sur des obligations ayant un autre objet (obligation de faire ou de ne pas faire). Nous en présenterons les conditions (A) et les effets (B).

A. Les conditions.

Pour que la confusion se réalise, il faut, d'abord, que la créance et la dette figurent **dans le même patrimoine**. Il faut, également, que la créance soit au moment de l'opération **disponible**.

Plusieurs illustrations de confusion peuvent être données. C'est donc le cas lorsque le débiteur hérite de son créancier, notamment lorsque l'enfant qui était débiteur envers son père lui succède après son décès. Cette situation se rencontre fréquemment en présence de personnes morales lorsque les sociétés créancière et débitrice viennent à fusionner.

Autre cas, lorsqu'un débiteur rachète à son créancier la créance qu'il détient contre lui. L'intérêt de l'opération est que le rachat pourra s'opérer à un prix moindre que la créance. Ce sera le cas lorsqu'une société rachète en bourse les obligations qu'elle a émises et dont le cours est tombé en dessous du nominal.

B. Les effets de la confusion.

Le principe (1) comporte quelques nuances (2)

1) Le principe.

Selon le Code civil, la **confusion** constitue une cause d'extinction des obligations. En effet, la dette est éteinte pour le débiteur car il ne peut devoir à lui-même. Pour le créancier, la créance s'éteint aussi faute de débiteur mais également parce qu'en recueillant l'actif du débiteur, le créancier aura généralement obtenu

¹⁶⁸ Cette situation est parfois complexe et entrainer des applications erronées, par ex., Cass.Civ.3, 30 nov.2017, n°16-23498, RDC 2018, p.56, note JB Seube ; JCP 2018, I, 877, n°6, obs. G.Loiseau.

indirectement satisfaction¹⁶⁹. L'article 1349 (anc.art.1301 al.1^{er}) précise que la compensation « *éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers* ».

2) Les nuances au principe.

Cet effet extinctif doit néanmoins être nuancé dans deux situations, en cas d'extinction partielle d'une part ou de survie latente de l'obligation d'autre part.

a) En cas d'extinction partielle de l'obligation.

C'est le cas lorsqu'en présence d'une **dévolution successorale**, le défunt (créancier ou débiteur) laisse plusieurs héritiers dont l'un d'entre eux était justement dans un lien d'obligation avec le *de cujus*. Dans ce cas, l'extinction ne va avoir lieu qu'à hauteur de la part successorale de celui sur la tête duquel elle se réalise, la créance ou la dette subsistant pour le reste.

- **Exemple** : X a 4 enfants A, B, C, et D. A doit 40 000 € à son père.

Au décès de ce dernier, il va hériter de son père comme ses 3 frères. La dette de A va s'éteindre par confusion à hauteur de la part d'hérédité qui lui revient, autrement 10 000€. L'obligation subsiste pour le reste, c'est à dire 30 000€.

Un autre cas d'extinction partielle existe lorsque l'obligation incombe à plusieurs **débiteurs solidaires**. Selon l'art.1349-1 (anc.art.1301) dispose que « *lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs (ou entre plusieurs créanciers) et que la confusion ne concerne que l'un d'eux, l'extinction n'a lieu, à l'égard des autres, que pour sa part*. Autrement dit, le codébiteur, sur la tête de qui la confusion s'est réalisée (qui devient ainsi créancier), va être libéré. Mais il pourra réclamer à chacun de ses codébiteurs (tenus eux solidairement) le surplus de la créance à concurrence de leur part contributive. Il en irait de même en présence de solidarité entre plusieurs créanciers (art.1349-1).

- **Exemple**: X créancier pour 3000 € de A, B et C (débiteurs solidaires). A devient créancier de X pour 3000 €, il y aura alors confusion. Mais A conservera un recours contre B et C (tenus solidairement) pour 2000 €.

¹⁶⁹ Certains préfèrent voir dans la confusion plutôt une impossibilité d'exécution ou une paralysie de l'exécution sans disparition radicale.

b) La survie latente de l'obligation.

L'effacement de l'obligation par la confusion n'est pas véritablement total dans les rapports entre l'intéressé et les tiers, dans la mesure où il semble que la disparition de l'obligation laisse subsister des traces. Selon la formule d'un arrêt « *la confusion n'éteint pas d'une manière absolue le droit qu'elle concerne et laisse au titulaire de celui-ci la faculté de l'opposer encore aux tiers* »¹⁷⁰. Dans le prolongement de cette jurisprudence, l'article 1349 précise aujourd'hui que la confusion éteint la créance et ses accessoires, **sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers.**

Deux exemples pourraient en être donnés :

► en cas de confusion sur la tête d'un héritier unique (créancier ou débiteur du *de cujus*), sa créance ou sa dette doit être prise en compte pour le calcul des droits de mutations et dans le calcul de l'actif de la succession et de la quotité disponible.

► cas où le droit éteint conférait un avantage opposable à un tiers, ou par un tiers : cet avantage pourra continuer à être invoqué par celui, ou contre celui, sur la tête duquel la confusion a eu lieu.

- **Exemple** : un débiteur acquiert par cession (ou subrogation) la créance dont il était redevable. Si cette créance était munie de garanties (hypothèque, privilège), ces droits subsistent sur sa tête et restent opposables aux autres créanciers.
- **Exemple** : de même, en cas d'extinction d'un bail par confusion des qualités de propriétaire et de preneur à bail, la sous-location consentie antérieurement à un tiers sera maintenue¹⁷¹.

On considère même que dans certains cas, les droits qui ont été éteints par confusion peuvent être **rappelés à une existence nouvelle** si la confusion vient à cesser. Cette renaissance se comprend aisément en cas d'annulation de la confusion en raison de la rétroactivité.

- **Exemple** : Un locataire achète l'immeuble loué, mais l'acquisition est annulée, il pourra de nouveau exercer les droits attachés à sa qualité de locataire.

¹⁷⁰ Civ.1, 8 déc.1965, D.1967, note Savatier.

¹⁷¹ Cass.Civ.3, 2 oct.2002, n°00-16867, RTDCiv. 2003, 300, obs. J.Mestre et B.Fages

« La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée » (art.1329).

L'analyse **de l'opération** reste discutée :

- certains la conçoivent comme un **mode d'extinction** de l'obligation¹⁷².
- d'autres soulignent qu'il est difficile de séparer l'extinction de l'obligation originelle de la seconde obligation, et préfèrent voir l'opération de manière indivisible en la considérant comme une **transformation** de l'obligation¹⁷³.

De fait, elle se traduit par un changement d'obligation, car la première s'éteint (sans être payée) pour être remplacée par une nouvelle obligation. Mais il ne s'agit pas d'une modification de l'obligation (car l'obligation originaire ne persiste pas avec ses caractères et ses sûretés). La réforme de 2016 ne permet pas de trancher véritablement le débat dans la mesure où l'opération est aujourd'hui régie dans un Chapitre intitulé *Opérations sur obligations* (art.1329 à 1335).

L'intérêt de l'opération est aujourd'hui nuancé. Contrairement à Rome où elle avait un rôle décisif en raison de l'intransmissibilité des obligations, la novation par changement de créancier a aujourd'hui perdu de son utilité avec le développement de la cession de créance. En revanche, l'interdiction contemporaine de réaliser une véritable cession de dette conférait à la novation par changement de débiteur un intérêt majeur. Cette utilité devrait être relativisée avec la consécration de la cession de dette dans le code civil (art.1327).

A. Les conditions.

Comme tout contrat, la novation doit respecter les conditions générales de validité des contrats (art.1128 c.civ). L'ancien article 1272 du code civil précisait, en outre, que les parties devaient avoir la capacité, c'est-à-dire pour la **capacité de disposer** de sa créance pour le créancier de l'obligation primitive ; et la **capacité de s'obliger** pour le débiteur de l'obligation nouvelle. Non reprise par les nouveaux textes, cette condition devrait toutefois se maintenir.

Au-delà de celle-ci, il en existe deux autres. Une **condition objective** qui exige que **deux obligations différentes se succèdent** (1) ; et une **condition subjective** qui

¹⁷²F.Terré & alii, *op.cit.*, 1417 ; Bénabent, *op.cit.*, n°829.

¹⁷³Flour & alii, *op.cit.*, n°416.

requiert **l'intention de novier**, autrement dit, la volonté des parties d'éteindre la première grâce à la création de la seconde (2).

1) La succession de deux obligations différentes.

Cette condition suppose d'une part l'existence de deux obligations valables (a) ; et d'autre part, un élément de différenciation entre l'obligation primitive et l'obligation nouvelle (b).

a) L'existence de deux obligations valables.

Distinguons ici les deux obligations.

► **Tout d'abord, l'obligation primitive** qui va s'éteindre **doit exister valablement** (art.1331). Autrement dit, il ne peut y avoir de novation sans obligation à éteindre. Il en est ainsi lorsque l'obligation ancienne est déjà éteinte par une cause quelconque, soit la prescription ou par défaut de déclaration de créance¹⁷⁴.

De même, et plus fréquemment, si l'ancienne obligation est nulle, la novation ne se produira pas et la nouvelle obligation ne prendra pas naissance. La jurisprudence a ainsi admis que l'annulation de l'obligation préexistante emporte l'anéantissement de l'obligation nouvelle. On considère que l'obligation nouvelle est dépourvue de **cause** puisque, dans la novation, le lien établi entre les deux phases permet d'affirmer que l'extinction de l'ancienne obligation est la cause de la naissance de la nouvelle¹⁷⁵.

En cas de nullité relative affectant l'obligation primitive, la **confirmation** est toujours possible. Si donc la novation est intervenue en pleine connaissance du vice qui affectait l'obligation ancienne et si le vice a cessé (incapacité, vice du consentement), le nouvel accord des parties constituera une confirmation de l'obligation ancienne et, corrélativement, une validation de l'obligation nouvelle. C'est ce que rappelle aujourd'hui l'article 1331 *in fine*.

► **Ensuite, l'obligation nouvelle** qui vient remplacer l'ancienne obligation doit bien évidemment exister valablement pour que la novation se réalise (art.1331). Si pour une raison quelconque, cette seconde obligation ne se formait pas, il n'y aurait pas novation, car l'effet extinctif est directement dépendant de cette validité.

¹⁷⁴Com31 mai 1994, B.IV, n°197, D.1995, somm.25, obs Honorat ; RTDCom.1994.785, obs. Martin-Serf.

¹⁷⁵Civ.1, 7 nov.1995, Def. 1996. 356, obs. P.Delebecque.

Si l'obligation nouvelle devait être nulle pour une raison quelconque (forme ou fond), l'extinction serait alors elle-même privée d'effet, et l'obligation ancienne devrait être rétroactivement rappelée à existence¹⁷⁶.

Des auteurs considèrent que l'obligation nouvelle qui naît, est à terme. Ils considèrent donc que le créancier obtient là une satisfaction qui est à la fois différente de celle prévue et différée. En réalité, cela permet d'éviter la confusion avec la dation en paiement où l'obligation nouvelle est exécutée en même temps qu'elle a été convenue¹⁷⁷.

b) Une différence entre l'ancienne obligation et la nouvelle obligation.

Pour qu'il y ait novation, il faut que la convention des parties crée une obligation qui soit réellement nouvelle (*aliquid novi*).

Il doit donc y avoir quelque chose de nouveau (cf.art.1329 al.2). Mais **cette nouveauté ne doit pas se limiter à des éléments secondaires (ce serait alors une modification de l'obligation)**. Elle ne doit pas non plus marquer une rupture totale avec la première obligation, car il y aurait alors un abandon pur et simple de l'obligation ancienne, et donc une impossibilité de constituer la nouvelle.

L'élément de différenciation peut résulter soit d'un changement de l'une des parties (1°), soit du changement de l'un des éléments objectifs de l'obligation (2°).

(1°) La novation par changement de l'une des parties.

Deux cas peuvent se présenter :

► **Primo, la novation peut se traduire par le changement de créancier** (art.1333, anc. art. 1271-3°). L'opération a perdu de son utilité aujourd'hui avec la cession de créance. Une double différenciation entre les deux opérations est néanmoins nécessaire :

→ **Une différence dans les conditions :**

¹⁷⁶Un arrêt avait admis une exception à cette règle dans le cas où la nullité de la seconde obligation résultait du dol du créancier. Ce dernier s'est vu privé du droit de se prévaloir de l'obligation primitive (Civ.3, 5 mai 1970, B.III, n°311). Cette solution ne semble plus de mise aujourd'hui puisque la chambre commerciale considère que la première obligation revient à la vie même si le créancier savait que l'obligation nouvelle était annulable en raison de sa propre violence. Néanmoins, ce dernier pourra engager sa responsabilité envers le débiteur, cf. Com.14 mai 1996, JCP.1997.II.22895, note Jacob ; RTDCiv.1996.910, obs .Mestre, D.1996, som.334, obs R.Libchaber.

¹⁷⁷F.Terré & alii, *op.cit.*, n°1420.

La cession de créance est une convention entre cédant et cessionnaire et ne requiert pas l'intervention du débiteur (seule une notification lui est adressée).

En revanche, la novation par changement de créancier suppose un accord entre le nouveau créancier et le débiteur et une volonté explicite de l'ancien créancier de décharger le débiteur.

→ **Deux différences dans les effets**¹⁷⁸ :

- le débiteur cédé pourra opposer au cessionnaire de la créance toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. En revanche, dans la novation, le débiteur ne peut opposer au nouveau créancier aucune exception qu'il aurait pu faire valoir contre l'ancien créancier en raison de la nouveauté du lien.
- le cessionnaire acquiert la créance avec tous ses accessoires (ex., sûretés). En revanche, ces accessoires sont éteints en même temps que la créance à laquelle ils étaient attachés en cas de novation.

La novation apparaît donc comme une **opération plus dangereuse que la cession de créance**, tant pour le créancier (perte des garanties) que pour le débiteur (inopposabilité des exceptions). En fait, elles répondent à des besoins différents car techniquement elles sont différentes. La cession de créance réalise un **changement de titulaire** dans un rapport qui demeure **identique** ; alors que la novation réalise la création d'un **rapport juridique nouveau** au profit d'un **nouveau titulaire**.

► **Secundo, la novation peut se traduire par un changement de débiteur** (art.1332, anc. art. 1271-2°).

Contrairement, à la première, cette novation conservait jusqu'à la réforme une certaine utilité en raison de l'impossibilité en droit français de réaliser une véritable cession de dette, *i.e.*, sans l'accord du créancier. Son intérêt devrait désormais être relativisé.

Toutefois, **deux formes existent dans le code civil** :

→ La **délégation parfaite** : c'est le cas d'un débiteur qui demande à un tiers (souvent son propre débiteur) de s'obliger envers le créancier qui va alors accepter de le décharger (art.1337, cf. *supra*, P.2, T.2, C.2).

¹⁷⁸ Ces effets s'expliquent par l'effet translatif de la cession de créance.

Cette opération suppose un **double accord** : nouveau débiteur (délégué) et créancier (délégataire) pour créer une obligation nouvelle, et entre le créancier (délégataire) et le débiteur primitif (délégant) pour éteindre l'obligation préexistante.

→ **L'expromissio** : elle se caractérise par le fait qu'elle se réalise sans le concours du premier débiteur (art.1332, anc.art. 1274). C'est le cas lorsqu'un tiers accepte de s'engager envers le créancier moyennant libération par celui-ci du débiteur primitif. Dans ce cas précis, l'intervention du débiteur primitif ne sera pas nécessaire, on exige évidemment une déclaration de volonté expresse du créancier, et une manifestation de volonté non équivoque de décharger l'ancien débiteur.

Cette hypothèse est relativement rare, mais permet d'effectuer une « **sorte** » **de cession de dette** même si les deux opérations ne doivent pas être complètement confondues. Deux différences les séparent :

- la cession de dette procède nécessairement de l'initiative du débiteur, alors que *l'expromissio* peut se réaliser sans son intervention,
- la novation emporte extinction de la dette primitive (avec caractères et accessoires) alors que la cession de dette transmet la dette au nouveau débiteur avec toutes ses caractéristiques et limites.

(2°) La novation par changement de l'obligation.

Pour qu'il y ait novation, encore faut-il qu'un changement affecte l'existence, la nature ou la substance de l'obligation, à défaut il n'y aurait qu'un aménagement de l'obligation.

Même si le code ne précise rien quant à la nature de ces changements, on considérait avant la réforme de 2016 qu'ils pouvaient porter **sur trois éléments** : **l'objet**, la **cause** ou les **modalités** de l'obligation. L'article 1329 précise désormais que la novation « *peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties* ». Si cette formule est moins explicite, elle devrait conduire à maintenir les hypothèses antérieures dans la mesure où elles révèlent toutes une modification suffisamment profonde pour que l'on puisse considérer **que l'obligation a été remplacée par une autre et non simplement modifiée**.

► la novation par changement d'objet :

C'est le cas lorsque le créancier accepte l'engagement de son débiteur de lui fournir une prestation différente de celle initialement prévue¹⁷⁹.

Exemples :

- C'est le cas lorsque la livraison de tel bien ou de telle quantité de denrée est faite à la place du paiement d'une somme d'argent ou inversement¹⁸⁰.
- De même, pour la substitution d'une dette de rente viagère à une dette de capital.

La jurisprudence actuelle tend à restreindre le champ d'application de la novation en la subordonnant à l'existence d'une **modification substantielle de l'objet de l'obligation**. Le critère n'est ici guère évident dans sa mise en œuvre. Ainsi la jurisprudence a pu considérer que la seule modification de la dette n'entraîne pas novation par changement d'objet de la convention¹⁸¹ alors que le changement du mode de calcul d'une rémunération (ou encore le remplacement d'une convention d'occupation précaire¹⁸²) constituait une novation¹⁸³.

► **La novation par changement de cause¹⁸⁴.**

Même si la notion de cause a été formellement supprimée du code civil par la réforme de 2016, cette hypothèse devrait perdurer car elle suppose que le débiteur s'engage envers le créancier pour une prestation dont l'objet ne change pas, mais sur le fondement d'un **titre juridique** différent autrement dit, la même chose sera due mais pour une raison différente.

- **Exemple** : un locataire qui serait en retard pour le paiement de son loyer, le bailleur consent à ce qu'il conserve la somme due mais désormais à titre de prêt. Autrement dit, cela revient à lui donner quittance du loyer et à lui prêter une somme identique. Contrairement aux apparences, les modifications qu'implique ce changement sont importantes. Ainsi, le bailleur devient prêteur et perd une sûreté (le privilège du bailleur). De plus, avant la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription, la créance

¹⁷⁹ La distinction avec la **dation en paiement** se pose lorsqu'une chose différente de l'objet initial de l'obligation est remise en paiement au créancier. Le critère retenu par la doctrine est que la dation en paiement est un mode d'exécution de l'obligation d'origine, alors que la novation substitue une obligation nouvelle à l'obligation d'origine

¹⁸⁰ Civ.1, 19 janv.1999, JCP.1999.IV.1453.

¹⁸¹ Civ 1, 20 nov 1967, D.1969.321, note N.Gomaa, cf.toutefois Com19 oct.1993, BIV, n°340.

¹⁸² Paris 18 déc.1968, Bull, n°565.

¹⁸³ Paris 20 oct.1983, D.1985.445, Concl.Paire, note J.Karila de Van.

¹⁸⁴ La cause est entendue dans le sens de cause efficiente (fait générateur) et non de cause finale (but de l'opération).

nouvelle se prescrivait par 30 ans à compter de la novation, alors que la créance de loyer se prescrivait pas 5 ans à partir de chaque terme.

► La novation par changement des modalités.

C'est une forme de novation assez étroite dans son domaine d'application puisque les modalités portent soit sur la condition soit sur le terme¹⁸⁵. Cette forme ne donne lieu qu'à des applications assez rares. La difficulté vient ici du fait que la modification d'une modalité de l'obligation ne remet pas nécessairement en cause son existence ou sa substance. En fait, on admet qu'il n'y a novation que lorsque le changement affecte **l'existence même de l'obligation**. C'est donc le cas que lors de **l'adjonction ou de la soustraction d'une condition suspensive ou résolutoire** à l'obligation initiale, modalités qui affectent l'existence même de l'obligation. Ce qui n'est pas le cas du terme.

En revanche, les simples modifications de l'obligation n'opèrent pas novation. Ainsi la modification ou la suppression d'un terme¹⁸⁶, ou la modification de modalités, au sens large, comme l'adjonction de sûretés, l'augmentation du taux d'intérêt¹⁸⁷ n'entraînent pas de novation.

2) L'intention de nover.

C'est *l'animus novandi*. L'extinction volontaire d'une obligation et la création consécutive d'une obligation nouvelle requièrent à l'évidence un accord des volontés des parties.

Selon l'art.1330 (anc.art.1273), **la novation ne se présume pas**, il faut donc que la volonté de nover résulte clairement de l'acte. Il n'est cependant pas exigé de formule sacramentelle¹⁸⁸, il suffit que l'intention soit certaine. La preuve pourra résulter du contexte, et notamment des faits ou des actes intervenus entre les parties. A cet égard, une **intention tacite** sera suffisante si elle est certaine. Ce fût le cas en jurisprudence dans un cas où il y avait incompatibilité entre les deux obligations successives. Cette incompatibilité exprimait nécessairement l'intention de substituer une obligation nouvelle à l'ancienne, autrement dit, la volonté de nover¹⁸⁹.

¹⁸⁵F.Terré & alii, *op.cit.*, n°1428.

¹⁸⁶Req. 8 nov.1875, DP.1876.1.438. *Contra*, Civ.1 2 mars 1999, *Juris-data* n°000943 (retient la qualification de novation en cas de simple restructuration de prêts).

¹⁸⁷Civ.1, 2 déc.1997, D.1998.549, note C.Caron, RTDCiv.1998.377, obs J.Mestre.

¹⁸⁸Des expressions comme **remplacement** ou **substitution** suffisent.

¹⁸⁹Req.8 nov.1875, DP.1876.1.438.

L'intention de nover est une **condition nécessaire**. En revanche, le fait de savoir si elle constitue une **condition suffisante** semble discuté en doctrine. Une doctrine minoritaire considère ainsi que l'intention de nover est une condition suffisante¹⁹⁰. Pourtant, la jurisprudence considère le contraire puisqu'elle refuse d'admettre qu'une modification mineure de l'obligation puisse être regardée comme une novation, en considération de la seule intention de nover¹⁹¹.

B. Les effets.

Ils découlent de la définition même de la novation, puisqu'elle éteint une obligation (art.1334 et 1329) et en crée une autre (art.1329). De cet effet extinctif d'une part et créateur d'autre part résultent **deux effets principaux** :

1) L'inopposabilité des exceptions.

En raison de la **nouveauté** de l'obligation qui est créée, le débiteur ne pourra pas opposer au créancier, pour refuser de payer la nouvelle obligation, les exceptions qui étaient susceptibles de paralyser l'ancienne obligation.

Une **atténuation** est néanmoins apportée à cette règle. C'est le cas en présence d'une **nullité**. C'est ainsi que lorsque la dette ancienne était nulle, la novation n'a pu se réaliser et la nouvelle obligation prendre naissance. On parvient donc, dans ce cas, à un résultat proche de l'inopposabilité des exceptions. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une nullité absolue, car s'il devait s'agir d'une nullité relative, la novation, réalisée en connaissance de cause, pourrait constituer une confirmation de l'acte vicié.

Enfin, l'inopposabilité des exceptions ne s'impose pas aux parties, il leur est donc possible de réaliser la novation en réservant expressément telle exception ou action.

2) L'extinction des sûretés.

Les sûretés qui garantissent l'obligation ancienne disparaissent avec la novation et ne viennent pas garantir l'obligation nouvelle (art.1334, anc.art.1278). Cette extinction s'applique à toutes les formes de sûretés et joue pour toutes les hypothèses de novation.

¹⁹⁰F.Terré e *alii*, n°1433.

¹⁹¹Civ.1, 20 nov.1967, D.1969.321, note Gomaa. Un arrêt récent pourrait jeter le trouble si on devait l'interpréter *a contrario* Civ.1, 2 déc.1997, *précité*, D.1998.549, note C.Caron ; Def.1998, art.36753, n°19, obs P.Delebecque.

L'art.1334 al.2 prévoit toutefois la convention contraire et permet à un créancier de stipuler un maintien conventionnel des sûretés. Cette disposition rappelle ici une condition importante puisque « *les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants*¹⁹² ».

CHAPITRE II

L'EXTINCTION SANS SATISFACTION DU CREANCIER

Cette situation est exceptionnelle dans la mesure où il est rare qu'une créance s'éteigne sans que le créancier obtienne satisfaction d'une manière ou d'une autre. On peut ici distinguer deux hypothèses.

C'est, d'abord, celle où l'extinction va résulter d'un acte d'abandon volontaire du créancier qui accepte de libérer le débiteur. C'est la **remise volontaire de dette** (SECTION II). Mais, l'extinction peut également être involontaire lorsqu'elle va résulter de l'écoulement du temps (SECTION I) : on parlera alors de **prescription extinctive**¹⁹³.

SECTION I : LA PRESCRIPTION EXTINGTIVE.

La prescription extinctive a été réformée par une importante loi du 17 juin 2008¹⁹⁴. Cette réforme, longtemps attendue, apporte plusieurs éclaircissements et des nouveautés mais permet également d'entériner des évolutions jurisprudentielles. Le code civil y consacre désormais un titre complet et les articles 2219 à 2254.

¹⁹² L'ancien article 1279 du code civil conduisait néanmoins à distinguer car cette possibilité était plus ou moins réalisable : 1] en cas de **novation par changement de créancier**, le débiteur demeurant le même. La convention sera ici facile pour les **sûretés réelles** qui **grevaient les propres biens du débiteur** (hypothèques). Ce dernier pourra accepter de les affecter à la créance nouvelle (tout en gardant le même rang). En revanche, pour le maintien **des sûretés personnelles**, ou les **sûretés réelles consenties par un tiers**, il faudra exiger le consentement du tiers qui s'est engagé auprès du débiteur. 2] En cas de **novation par changement de débiteur**, la règle est identique pour les **sûretés personnelles**, ou les **sûretés réelles consenties par un tiers**, il faudra obtenir le consentement du tiers pour qu'elles soient maintenues avec le nouveau débiteur. En revanche, les **sûretés réelles** qui grevent les biens de l'ancien débiteur supposent le consentement de ce dernier pour pouvoir être maintenues (art.anc1279.al.2).

¹⁹³ Des auteurs complètent ces causes d'extinction sans paiement en y rajoutant d'autres cas comme, par exemple, en cas de **faillite du débiteur : non déclaration de créance** (L.622-26 c.com.), **extinction du droit de poursuite en cas de clôture de la liquidation** (cf. Bénabent, *op.cit.*, n°886 suiv). D'autres y rajoutent le **terme extinctif**, la **déchéance légale** (ex, perte du droit aux intérêts du créancier n'ayant pas informé la caution annuellement du montant du capital et accessoires), voire **l'impossibilité absolue d'exécution** (cas fortuit et perte de la chose), Terré & alii, n°1506 & suiv.

¹⁹⁴ Dossier au Dalloz 2008, p.2511 et suivantes ; JCP E, 2008, 2289, note L.Leveneur ; JCP 2008 G, I, 180, étude S.Amrani-Mekki ; RTDCiv. 2008, 563, note AM Leroyer.

L'article 2219 définit précisément la prescription extinctive. On appelle prescription extinctive ou libératoire, **le mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps** (art.2219). On l'oppose à prescription acquisitive qui permet de devenir titulaire de certains droits par une possession d'une certaine durée.

Les fondements de la prescription extinctive sont doubles :

- **l'ordre public** : c'est l'idée qu'il convient de consolider des situations de fait ayant duré un certain temps. Dans ce cas, les impératifs de sécurité, d'ordre de paix l'emportent sur la finalité de la règle de droit qui vise à assurer le respect de la justice et des droits individuels.

- **présomption d'exécution** : idée que lorsque le titulaire est resté trop longtemps inactif, il est censé avoir renoncé à ses droits et actions (ou alors il est négligent).

Au-delà de ces deux fondements, la prescription extinctive remplit **deux fonctions** :

- tout d'abord, une **fonction extinctive**,
 - ensuite, une **fonction probatoire** dans la mesure où elle joue pour le débiteur le rôle de dispense de preuve. Elle facilite ici au débiteur la preuve de sa libération¹⁹⁵.
- Ainsi, la prescription vise à consolider la situation du débiteur qu'il ait exécuté son obligation (fonction probatoire) ou non (fonction extinctive).

Cette double fonction permet de distinguer la prescription d'autres types de délais comme les **délais de forclusion ou délais préfix**. Ces derniers étaient généralement source de perplexité et de complexité en raison de leur multiplicité et de leur diversité de nature. La réforme aurait pu être l'occasion de clarifier la notion et le régime. Cela n'a pas été le cas, puisque l'article 2220 du code civil dispose que les délais de forclusion ne sont pas régis par le nouveau Titre 20¹⁹⁶, traduisant ainsi une différence entre les deux. Néanmoins, la loi de 2008 laisse entier le problème en ne fournissant aucun critère de distinction entre les deux types de délais, ce qui était pourtant attendu. C'est donc au juge de déterminer la nature du délai invoqué alors même que la loi ne donne aucun critère, ni aucune définition du délai préfix.

Il est possible néanmoins d'en dresser un bref comparatif :

► **Point commun** : idée d'extinction après l'écoulement d'un laps de temps.

¹⁹⁵ Sur les deux fonctions de la prescription, Req. 21 janv.1935, DP.1937, 1, p.67, rapp. Pilon.

¹⁹⁶ D.2008, 2513, n°3.

► Différences :

→ **Finalité différente** : contrairement à la prescription qui tranche un conflit (au moins virtuel) entre le créancier et le débiteur, les délais de forclusion ou de déchéance ont pour seule fin d'obliger un titulaire à faire diligence sous peine de sanction¹⁹⁷.

→ **Nature différente** : les délais préfix sont généralement d'ordre public (le juge doit donc y suppléer d'office, alors que les délais de prescription sont dits d'intérêts privés).

→ **Régime différent** : ces délais préfix ne peuvent être suspendus (les nouveaux cas de l'article 2234 ne s'y appliquent pas), ni même interrompus contrairement aux délais de prescription (sauf deux cas prévus par les articles 2241¹⁹⁸ et 2244¹⁹⁹ pour lesquels les deux types de délais sont interrompus consacrant là deux solutions anciennes légales et jurisprudentielles). De plus, la règle selon laquelle l'exception ne se prescrit pas, ne joue pas s'agissant des délais préfix. On considère ainsi que le droit (ou l'action) forclos ne peut être invoqué par voie d'exception. En outre, les aménagements conventionnels qui sont possibles pour les délais de prescription ne le sont pas les délais de forclusion²⁰⁰.

Afin de présenter la prescription extinctive, il convient d'en aborder les conditions (1§) et les effets (2§).

1§ LES CONDITIONS DE LA PRESCRIPTION EXTINGTIVE.

Pour qu'il y ait prescription extinctive, il faut nécessairement qu'il y ait l'écoulement d'un certain délai. **C'est là l'unique condition.** Mais en réalité, elle soulève des interrogations annexes :

- quelle est la durée du délai ? (A)
- comment doit-il se calculer ? (B)
- quelles sont les causes susceptibles de le suspendre ou de l'interrompre ? (C)

¹⁹⁷ A titre d'exemple, on citera le délai pour agir en rescision pour cause de lésion, le délai pour déclarer une créance dans le cadre d'un redressement judiciaire, le délai pour exercer une voie de recours.

¹⁹⁸ Cas de la demande en justice

¹⁹⁹ Cas de l'acte d'exécution forcée

²⁰⁰ D.2008, 2516, n°14.

A. La durée du délai.

Malgré la réforme, et en dépit d'une réelle simplification des choses²⁰¹, il existe toujours aujourd'hui une vaste mosaïque de délais en matière de prescription qui conduisent à des regroupements, des classifications.

L'un des apports notables de la réforme porte sur la possibilité pour les parties de **modifier la durée de la prescription**. Avant la réforme, les parties pouvaient abrégé les délais mais non les allonger. Avec la réforme, l'article 2254 élargit ce **pouvoir d'aménagement conventionnel** puisque la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties (art.2254 al.1). Néanmoins, ce pouvoir est doublement limité :

- La prescription ne peut toutefois être réduite à moins d'un an, ni étendue à plus de 10 ans.
- Cette possibilité n'est pas applicable aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.

Par-delà, cet aménagement possible ; on présentera les différentes durées des prescriptions : 30, 10, 5 ans suite aux apports de la réforme de 2008. Nous laisserons de côté les prescriptions plus courtes²⁰² et les situations discutées comme celle, par exemple, de la durée de la prescription extinctive applicable à l'action en réputé non écrit qui soulève quelques interrogations²⁰³.

²⁰¹ Avant 2008, plusieurs distinctions existaient. D'abord, une distinction entre les **prescriptions générales et les prescriptions spéciales**. Il n'y avait vraiment de prescriptions générales que s'agissant de la prescription trentenaire, même si quelques hypothèses de prescription décennale pouvaient recouvrir un degré de généralité. En tous les cas, la plupart des courtes prescriptions (et quelques cas de prescriptions longues) étaient des prescriptions spéciales. Avec la généralisation du délai de 5 ans comme délai de droit commun, cette distinction a perdu de son sens. Il y avait ensuite une distinction entre les **prescriptions ordinaires et les prescriptions présumptives**. Les premières reposaient sur l'idée qu'elles tendaient principalement à la consolidation définitive des situations de fait, alors que les secondes reposaient sur une présomption de paiement. Ces dernières étaient toujours de courte durée et relatives à des sommes qui étaient normalement acquittées à bref délai, ne donnant pas lieu à l'établissement d'écrit ou de reçus, ou quittances. L'**intérêt était alors que** les présomptions ordinaires ne souffraient pas la preuve contraire, alors que les prescriptions présumptives cédaient devant la preuve de l'absence de paiement. Cette distinction et la notion de **prescription présumptive ont quasiment disparu** (cf. par ex., prescriptions cambiales pour la lettre de change, le billet à ordre et le chèque (L.511-78 et L.512-3 c.com ; et L.131-60 al.3CMF).

²⁰² Certaines prescriptions biennales demeurent comme par exemple celle de l'ancien art.2272 al.4 qui visait l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers et désormais basculé à l'article L.137-2 c.consom. S'agissant de l'action des professionnels pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, cf.L.218-2 c.consom, cf.pour une présentation des prescriptions particulières, P.Delebecque & F.J. Pansier, *Droit des obligations, Régime général, op.cit.*, 9^{ème} éd., n°568 et suivants.

²⁰³ Dans ce sens, Cass.Civ.1, 13 mars 2019, n°17-23169, RTDCiv. 2019, 334, obs. H.Barbier. Cet arrêt considère que l'action en réputé non écrit ne s'analyse pas en une action en nullité, et en conséquence n'est pas soumise à

1) La prescription trentenaire.

Longtemps, elle a été considérée comme le délai de droit commun de 30 ans. Il s'appliquait en l'absence de dispositions contraires (anc. art.2262). Son domaine privilégié demeurait celui des **obligations contractuelles** et **quasi contractuelles**. Il demeurait néanmoins très contesté en raison de sa longueur. Il était jugé généralement excessif et tendait, suite à des réformes législatives, à se restreindre.

La loi du 17 juin 2008 a supprimé le délai de 30 ans en tant que délai de droit commun.

Aux termes de l'article 2224 du code civil, les délais qui relevaient du délai de droit commun basculent désormais sur la **prescription quinquennale**. L'une des conséquences les plus remarquées est que l'action en nullité absolue est désormais soumise à la prescription de 5 ans comme la nullité relative.

Attention, le délai trentenaire n'a pas totalement disparu. Il perdure :

- en tant que prescription spéciale : cf. art.2227 pour les actions réelles immobilières (le droit de propriété étant imprescriptible).
- Pour certaines nullités absolues en matière de mariage (celles des art.184 et 191)
- et autres textes spéciaux (art.L152-1 c. environ.)

2) La prescription décennale.

Ce délai de prescription tendait à prendre un domaine d'application plus vaste, dans la mesure où il apparaissait comme un délai plus raisonnable. Il a néanmoins connu des modifications sur de nombreux points :

- il est tout d'abord supprimé en tant que prescription applicable aux obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce, ou entre commerçants et non-commerçants (*anc.art.189 bis c.comm., auj., L.110 – 4*). C'est désormais un délai de 5 ans qui s'applique en la matière sous réserve de délais plus courts.

la prescription quinquennale. Même si l'objet du pourvoi restait focalisé sur l'action en nullité, le commentateur s'interroge néanmoins sur le caractère imprescriptible de cette action qui serait selon lui critiquable sur le fond. L'action devrait être soumise à la prescription quinquennale, selon l'auteur, en se fondant sur sa nature personnelle au sens de l'article 2224. Une décision des juges du fond opine d'ailleurs en ces sens (Paris, 19 déc.2018, n°16/25325). Pour le constat d'un engouement contemporain pour l'imprescriptibilité, cf. encore H.Barbier, in RTDCiv. 2019, 586.

- le délai demeure pour les actions en responsabilité civile mais le domaine est redéfini. Avant la réforme, il était applicable à toutes les actions en responsabilité extra contractuelles (art.2270-1). Désormais, l'article 2226 envisage ce délai pour les actions en responsabilité engagées par la victime (directe ou indirecte) des préjudices consécutifs à un fait ayant entraîné un dommage corporel. Le domaine d'application est à la fois plus étroit (prise en compte du dommage) et plus large (plus de distinction entre le contractuel et l'extracontractuel).

De nouvelles actions relèvent désormais du délai décennal. Par exemple, il en est ainsi :

- art.1792-4-3 : **prescription décennale en droit de la construction pour les actions contre les constructeurs et leurs sous-traitants** (réserve faite de cas particuliers : cf art.1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2),

- de même, le nouvel article 3-1 al.1 de la loi du 9 juillet (auj.L.111-4 C.proc.civ.ex.) dispose désormais **que l'exécution de certains titres exécutoires²⁰⁴ ne peut être poursuivi que pendant 10 ans** sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long.

3) La prescription quinquennale

Elle devient la **prescription de droit commun** applicable aux actions personnelles ou mobilières (art. 2224). Elle fait l'objet d'une application particulièrement vaste.

S'appliquant avant 2008 aux créances périodiques, ce délai de prescription apparaissait alors comme le cas général de la prescription quinquennale et constituait une exception par rapport à l'ancien de droit commun. La prescription affectant les **créances périodiques** devient désormais une application du délai de droit commun. Ce n'est plus une prescription spéciale. On citait ainsi avant 2008, mais cette liste reste d'actualité, les créances de salaires, des arrérages de rentes, des pensions alimentaires, des loyers et fermages, des intérêts des sommes prêtées et tout ce qui est payable à l'année ou à des termes plus courts.

Les cas particuliers d'application de la prescription quinquennale avant 2008 restent bien évidemment soumis à cette prescription. Il en va ainsi des créances en

²⁰⁴ Les titres mentionnés aux 1° et 3° de l'article 3 : des juridictions judiciaires et administratives ; les transactions soumises au président du TGI quand elles ont force exécutoire ; les actes et les jugements étrangers (sentences arbitrales) déclarées exécutoires ; les PV de conciliation signés entre les parties et le juge.

restitution de frais dus aux notaires (L.24.12.1897, art.2), de même, en matière de frais dus aux avoués²⁰⁵ et huissiers.

Néanmoins, certains nouveaux cas sont désormais soumis à la prescription de 5 ans. Il en va ainsi que certaines responsabilités civiles professionnelles (avant 10 ans) : actions contre les personnes ayant représenté ou assisté les personnes en justice (art.2225), les actions engagées à l'occasion des prises et ventes volontaires et judiciaires de meubles aux enchères publiques (L.321-17 c.com) ; celles engagées contre un expert judiciaire pour des faits se rapportant à l'exercice des fonctions.

Bien évidemment, le délai de 5 ans s'applique désormais en matière contractuelle et extracontractuelle qu'il s'agisse de l'exécution ou de l'inexécution des obligations.

B. Les règles de calcul du délai.

On distinguera ici le point de départ (1) et la computation du délai (2).

1) Le point de départ du délai.

Le code civil ne comportait aucune disposition générale sur le point de départ.

On estimait avant que la prescription commence logiquement à courir, non du jour du fait générateur de l'obligation, mais de celui de son **exigibilité** (s'il est différent !). En effet, c'est à ce moment que le créancier peut utilement exercer son droit, et donc corrélativement, c'est à partir de là que le débiteur peut commencer à prescrire. Cette solution a été maintenue.

La réforme apporte néanmoins des précisions. Ainsi, elle précise que le point de départ doit être défini « *comme le jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » (art.2224 et 2227)²⁰⁶.

Ce point de départ est considéré comme flottant ou glissant. Cette règle n'est autre que l'application de l'adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir). Ce n'est que lorsqu'il peut agir que la prescription court !! La loi de 2008 consacre cette règle et lui donne une portée générale (art.2234).

²⁰⁵ Mais la demande d'un avoué en fixation de ses frais dirigés contre une personne physique ayant eu recours à ses services à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale se prescrit conformément à la prescription biennale de l'article L.218-2 du code de la consommation, Cass.Civ.2, 18 avril 2019, n°18-14202.

²⁰⁶ Le fait permettant de demander le paiement est la date d'exigibilité de la créance qui est différente de la date de facturation, sur ce point, cf.Com. 26 fév. 2020, n°18-25036, RTDCiv. 2020, p.389, obs.H.Barbier

Mais cette règle générale doit composer avec des règles spéciales :

- **l'obligation soumise à une condition suspensive** ne commencera à prescrire que du jour de la réalisation de la condition (art.2233) car jusque-là elle n'est pas susceptible d'exécution. En revanche, la condition résolutoire ne fait pas obstacle au cours de la prescription car l'obligation est immédiatement exécutoire.

- **l'obligation à terme** ne se prescrit qu'à compter de l'arrivée du terme (art.2233). De même, en matière de garantie des vices cachés, la garantie des vices ne se prescrit qu'à compter de la découverte du vice ou de l'éviction (solution ancienne reconduite à l'art.2233).

Par exception, la prescription a un point de départ déterminé dans certains cas²⁰⁷.

2) La computation du délai.

Les articles 2228 et 2229 posent deux règles s'agissant de la computation du délai :

→ **La prescription se compte par jours et non par heures,**

→ **Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.**

Concrètement, on considère que le délai se compte par **jours entiers**, ce qui signifie concrètement que le jour du point de départ (déjà entamé) n'est pas pris en compte. C'est le ***dies ad quo***. Le délai commence donc à courir effectivement le lendemain à 0 heure.

La prescription n'est accomplie que le jour de l'échéance du délai à 24 heures. C'est le ***dies ad quem***. On considère qu'aucune disposition générale ne proroge cette échéance si le *dies ad quem* est un jour non ouvrable²⁰⁸. En effet, le délai court de quantième à quantième. On ne tient pas compte du nombre de jours des mois ou des années qui peut varier.

²⁰⁷ cf. art.2225, 2226, L.152-1 c.env., pour les actions en nullité absolue du mariage. Cf. aussi les articles 181, 184, 191 à compter de la célébration.

²⁰⁸La règle de l'art.642 CPC n'est applicable qu'au délai de procédure. Cette règle prévoit que le *délai qui expire normalement le samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.*

- **Exemple** : une créance devient exigible le 15 mai 2012 et se prescrit par 5 ans. Le délai commence à courir le 16 mai à 0 heure, la prescription sera acquise le 16 mai 2017 à minuit.

Ce mode de calcul s'applique à tous les délais de prescription, mais également aux délais préfix.

C. La suspension et l'interruption du délai.

La loi de 2008 n'a pas apporté ici de bouleversement essentiel en consacrant la plupart des règles anciennes. On envisagera successivement les deux hypothèses :

1) La suspension de la prescription.

Selon l'article 2230, *la suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru*. La suspension est donc l'arrêt provisoire du décompte du délai, dont le cours peut reprendre là où il a été arrêté lorsque la circonstance qui la justifie disparaît. Il reprendra avec bénéfice du temps écoulé quand la cause de suspension aura disparu. Le délai sera donc prolongé de la durée de la suspension.

Les causes de suspension affectent **toujours** la situation du créancier lorsqu'il se retrouve dans l'impossibilité d'agir en exécution de son droit. Cette solution prétorienne est désormais consacrée à l'article 2234. Auparavant la mise en œuvre de l'adage *Contra non valentem* avait permis une extension jurisprudentielle des causes de suspension.

Il existe des causes légales de suspension de la prescription. Ces circonstances sont déterminées par la loi. Ces **causes générales** de suspension s'appliquent généralement tant aux prescriptions acquisitives qu'aux prescriptions extinctives. C'est ainsi que la prescription ne court pas :

- contre les incapables, mineurs non émancipés ou majeurs en tutelle (art.2235²⁰⁹),
- contre l'héritier qui a accepté à concurrence de l'actif net s'agissant de ses créances contre la succession (art. 2237),
- entre époux (art. 2236), rajout du cas des pacsés.

La loi de juin 2008 a apporté deux précisions nouvelles :

²⁰⁹ Texte qui réduit les exceptions à la suspension au profit des mineurs non émancipés et des majeurs sous tutelle.

- création de 2 cas légaux de suspension : l'un à l'article 2239 qui vise le prononcé de mesure d'instruction par la juge²¹⁰ et l'autre à l'article 2238 qui vise le recours à la médiation ou la conciliation. C'est l'idée de prévenir les demandes au fond en favorisant les solutions amiables.
- l'article 2233 souligne que la suspension peut agir de 2 manières. Tantôt, elle empêche la prescription de courir (donc elle entraîne un report du point de départ), tantôt elle se manifeste en cours de délai (suspension proprement dite). Malgré cette dualité, le régime juridique reste le même et le cours du délai est provisoirement suspendu !!

2) L'interruption du délai.

L'interruption arrête définitivement le cours de la prescription, et donc le délai déjà écoulé est privé de tout effet. C'est ce que reprend l'article 2231 en disposant que l'interruption efface le délai de prescription acquis, elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.

Contrairement à la suspension qui tient toujours à la personne du créancier qui est empêché d'agir, l'interruption procède d'une manifestation volontaire du droit du créancier. Elle peut ainsi se manifester par **un acte du créancier qui accomplit un acte de poursuite** (a)(acte interpellatif), soit par un **acte du débiteur qui reconnaît le droit du créancier** (b) (acte reconnaissant).

A cet égard, on admettait généralement en doctrine que l'énumération légale des causes d'interruption de la prescription était limitative. La jurisprudence était d'ailleurs hésitante. L'article 2254 prévoit que les parties peuvent désormais ajouter des causes de suspension ou d'interruption aux causes prévues par la loi.

a) Un acte de poursuite du débiteur.

C'est l'acte interruptif de prescription par excellence lorsque le créancier poursuit son droit à l'encontre du débiteur. Cet acte met fin à l'inaction du créancier qui constitue l'une des raisons d'être de la prescription extinctive. Les nouveaux articles 2241 et suivants énumèrent les actes produisant cet effet interruptif :

- le mode normal consistera **dans la demande en justice, même en référé**, (citation en justice)²¹¹, la simple mise en demeure est insuffisante pour interrompre la

²¹⁰ L'effet suspensif bénéficie alors à la partie qui a sollicité la mesure en référé mais ne peut bénéficier à la partie défenderesse à la demande de mesure d'instruction, cf.Cass.Civ.2, 31 janv. 2019, n°18-10.011, JCP 2020 G, 677, n°13, obs.G.Loiseau.

²¹¹ La citation doit répondre à certaines conditions : elle doit tendre à la reconnaissance d'un droit et contenir les précisions indispensables à l'identification du débiteur et de la dette dont l'exécution est demandée.

prescription, même si elle est réalisée par un acte d'huissier (sauf disposition expresse en sens contraire²¹²). La demande produira son effet interruptif pendant toute la procédure et jusqu'à l'extinction de l'instance. Mais ces conditions sont entendues très largement car l'art.2241 considère que l'effet interruptif est attaché même à une citation devant une juridiction incompétente, ou lorsque l'acte de saisine est annulé par l'effet d'un vice de procédure (art.2241, contrairement aux solutions antérieures)²¹³.

- le délai de prescription est également interrompu par un acte d'exécution forcée mais également, depuis le 1^{er} juin 2012, par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution,
- si le créancier dispose d'un titre exécutoire (acte notarié ou jugement), il pourra procéder à l'exécution forcée au moyen d'un commandement de payer délivré par acte extrajudiciaire. Prélude à la saisie, cet acte a le même effet interruptif de la prescription que la citation en justice.
- la saisie, même non précédé d'un commandement, même conservatoire, opère interruption de la prescription (art.29 & 71, L.9 juill.1991).

b) La reconnaissance de la dette par le débiteur.

Ce cas est prévu à l'article 2240 du code civil.

On considère qu'en reconnaissant sa dette (même seulement partiellement), le débiteur est censé avoir renoncé à se prévaloir de la prescription ! Cette reconnaissance n'exige aucun formalisme, elle peut être expresse²¹⁴, voire même tacite. Dans ce dernier cas, elle pourra résulter du paiement d'un acompte, des intérêts de la dette, de l'invocation de l'exception de compensation, ou plus généralement de tout acte ou attitude qui sont révélateurs d'un aveu de la dette.

En définitive, l'effet normal de l'interruption de la prescription est d'effacer le temps antérieurement couru. Autrement dit, le temps couru est perdu pour le calcul de la prescription. Cette solution a été reconduite à l'article 2231. Si la dette n'est pas payée, une nouvelle prescription commencera à courir à partir de l'instant de l'interruption (si reconnaissance de la dette), soit à l'issue de la procédure (si citation en justice ou saisie).

²¹²art.L.114-2 c.ass., l'interruption de la prescription peut résulter, pour le paiement des primes d'assurances et le règlement d'indemnités, d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

²¹³ Cf. plus curieusement un arrêt qui considère que « le dire adressé à l'expert, désigné par le juge saisi d'une action en partage, interrompt la prescription quinquennale de l'article 815-10 du Code civil, dès lors qu'il fait état de réclamations concernant les fruits et les revenus, cf. Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-23752.

²¹⁴C'est le cas d'un acte reconnaissant (art.1337 c.civ.).

La prescription nouvelle est en principe de la même nature que celle qui a été interrompue. Cette règle est affirmée par l'article 2231 in fine. Cette solution générale fait disparaître le mécanisme de l'interversion de prescription qui jouait en jurisprudence auparavant²¹⁵.

2§ LES EFFETS DE LA PRESCRIPTION.

Il convient ici de distinguer dans la mesure où certaines règles particulières nouvelles (B) viennent déroger aux règles de droit commun (A).

A. Les règles de droit commun.

Plusieurs règles doivent ici être rappelées :

1) Tout d'abord, la prescription extinctive a pour **effet d'éteindre l'obligation prescrite**. Le créancier ne peut donc plus demander l'exécution de son obligation.

2) Ensuite, cet effet extinctif se produit dans un cadre précis. S'agissant de **la manière dont joue la prescription libératoire**, il faut noter que la prescription **ne produit pas effet de plein droit**, le débiteur doit manifester son intention d'en profiter. Elle doit être invoquée. C'est le cas ainsi lorsqu'il oppose aux poursuites du créancier l'exception de prescription²¹⁶. A défaut, le débiteur sera condamné au paiement. Conformément à l'art.2247, les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen, même lorsqu'il s'agit d'une prescription d'ordre public²¹⁷. En tous les cas, dès lors qu'il a été invoqué par lui-même, ou par ses créanciers, le moyen de prescription entraînera le rejet de la demande.

3) De plus, le débiteur peut renoncer à la prescription acquise. L'article 2250 rappelle cette règle ancienne selon laquelle seule la prescription acquise est susceptible de renonciation. A contrario, il est évident qu'une renonciation anticipée à la prescription est nulle.

Il faut pour cela qu'il ait la capacité d'aliéner (art.2252). La renonciation peut être expresse ou tacite (art.2251 al.1), du moins lorsqu'elle est faite en connaissance

²¹⁵ D.2008, op.cit., n°24. En effet, avant 2008, lorsque l'une des circonstances de l'art.2274 (*compte arrêté, cédula ou obligation, citation en justice, non périmée*) interrompait l'une des courtes prescriptions des art.2271 à 2273 ; la prescription en cours était interrompue et la prescription avait une nouvelle nature. En effet, ce n'était plus une prescription spéciale qui courrait mais la prescription de droit commun, la prescription trentenaire. Il y a **interversion de prescription**.

²¹⁶ Elle peut être soulevée en tout état de cause même pour la première fois devant la cour d'appel (art.2224).

²¹⁷ Cette solution jurisprudentielle demeure contestée en doctrine et par certaines décisions. Le législateur aurait pu répondre à cette opposition.

de cause et manifeste de façon non équivoque la volonté de renoncer. Elle peut ainsi résulter du paiement d'un acompte ou d'une demande de délai.

4) Enfin, la **nature juridique de la prescription** pose difficulté.

Deux thèses s'affrontaient ici :

- la **thèse processualiste** qui considère que la prescription est un moyen de procédure privant le créancier du droit de poursuivre le débiteur. Seule l'action en justice est atteinte²¹⁸, l'obligation subsiste.
- la **thèse substantialiste** qui estime que c'est non seulement l'action en justice mais aussi le droit qui se trouve éteint par la prescription.

Il semble que c'est la première qui a reçu les faveurs de la loi, car l'article 122 CPC cite la prescription parmi les fins de non-recevoir qui tendent à *faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir*.

La doctrine, dans sa grande majorité²¹⁹, et la jurisprudence opte pourtant pour la seconde en s'appuyant sur un **raisonnement par l'absurde** : l'extinction du seul droit d'agir impliquerait l'imprescriptibilité des obligations n'exigeant pas une action en justice pour être mise en œuvre (soit parce que le créancier dispose d'emblée d'un titre exécutoire, soit parce qu'il a déjà exercé son action et dispose d'un jugement non encore exécuté).

Cette position mérite des réserves, à tel point que des auteurs relativisent la portée des deux thèses. Selon eux, la réalité paraît marquée par des solutions plus pragmatiques que systématiques. La thèse substantialiste n'est pas sans soulever des critiques²²⁰.

Malgré les attentes, la loi de 2008 ne semble pas avoir définitivement et clairement tranchée entre les deux conceptions. En effet, certaines dispositions s'inspirent de la première analyse (art.2224, 2225,2227) et d'autres de la seconde (art.2219, 2221, 2227).

²¹⁸ A cet égard, il est admis que l'interruption de prescription d'une action peut s'étendre à une autre action lorsque, bien qu'ayant une cause distincte, elles tendent à un seul et même but de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première (Req., 3 avril 1906, D.1906, I, 404). Pour des actions recherchant l'obtention de mesures ou sanctions semblables, cf. Civ.1, 13 fév. 2019, n°17-31546 (action en responsabilité contractuelle et action en responsabilité délictuelle exercées par des emprunteurs à l'égard d'une banque à l'occasion d'un litige relatif à la formation d'un contrat de prêt qui partagent le même but) ; cf. aussi Civ.1, 9 mai 2019, n°18-14736, RTDCiv. 2019, p.590, obs H.Barbier.

²¹⁹Sauf Mazeaud & Chabas, *op.cit.*, n°1187.

²²⁰F.Terré & *alii*, n°1505.

B. L'apparition de règles particulières nouvelles.

L'une porte sur la possibilité **d'aménager la prescription**, l'autre sur le **délai butoir**.

► **Aménagements conventionnels.** A la question de savoir si les parties peuvent modifier conventionnellement les délais de prescription, la loi de 2008 apporte désormais une réponse claire. L'article 2254 du code civil prévoit désormais que les parties peuvent aménager conventionnellement la prescription (en reprenant ici des solutions jurisprudentielles déjà acquises). Ainsi :

- la durée de la prescription peut être **abrégée** ou **allongée** par accord des parties,
- les parties peuvent également, d'un commun accord, **ajouter aux causes de suspension ou d'interruption** de la prescription prévues par la loi.

Néanmoins des **limites** à la liberté des parties sont prévues par l'article 2254. Elles sont de 2 ordres :

- tout d'abord, la prescription **ne peut être réduite à moins d'un an²²¹, ni étendue à plus de dix ans**. Une fourchette s'impose donc.
- Ces **aménagements sont interdits pour certaines actions** : les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts (art.2254 al.3). Il en va de même dans des textes spéciaux lorsque l'un des parties est en position d'inégalité pour négocier les clauses : contrats consommateurs et professionnels (L.137-1 c.conso.) ; contrats d'assurance (L.114-3 c.ass).

► **Délai butoir.** La loi consacre ici des applications légales antérieures ainsi que certaines solutions jurisprudentielles. Le délai butoir apparaît comme la contrepartie à l'augmentation des causes de suspension et d'interruption ainsi que la généralisation du jeu de la maxime ***Contra non valentem***.

²²¹ Mais il convient de distinguer la clause de prescription abrégée visée à l'article 2254 d'une clause limitative de l'obligation dans le temps fixant la caducité de l'engagement d'une caution (portant sur des dettes de loyer d'un bail) à un délai de 3 mois à compter de la date de résiliation anticipée du contrat de bail. Cette clause limitative de l'obligation dans le temps d'une durée inférieure à 1 an ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article 2254, cf. dans ce sens, Cass.Com. 15 oct.2013, n°12-21704, RTDCiv. 2014, 120, note H.B.

Principe. L'article 2232 al.1 du code civil prévoit donc que le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir **pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de 20 ans à compter du jour de la naissance du droit.**

Limites. Néanmoins, le texte prévoit des exceptions à la mise en œuvre du délai butoir dans **certains domaines :**

- aux actions en matière d'état des personnes (art.2232 al.2)
- aux actions réelles immobilières (art.2227)
- aux actions en responsabilité nées d'un événement ayant entraîné un dommage corporel (art.2226)
- aux actions en responsabilité médicale (L.1142-28 CSP).

Plus ponctuellement, il en va de même pour **certaines catégories d'actions déterminées :**

- le délai butoir n'est pas applicable quand le demandeur poursuit l'exécution d'un titre exécutoire²²² visé par la loi (art.3-1 al.2 L.1991, *auj. art.L111-4, C.proc.civ.ex,*),
- quand le délai de prescription a été interrompu par un acte d'exécution forcée (art.2244) ou une demande en justice (art.2241 al.1),
- ou quand le délai ne court pas en raison de l'attente de l'arrivée du terme, d'une condition suspensive ou d'une éviction.

Enfin, certaines décisions écartent l'application du délai butoir de l'article 2232 du code civil sans que la justification de la mise à l'écart du texte ne soit véritablement convaincante²²³.

SECTION II : LA REMISE VOLONTAIRE DE DETTE.

A lire l'article 1350, la remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. Plus précisément, c'est l'acte par lequel le

²²² Il faut effectivement distinguer l'action en justice pour faire reconnaître le droit d'une part et l'action en exécution du titre exécutoire d'autre part, chacune est soumise à un délai de prescription autonome. Pour une illustration dans le contexte de l'application de la loi du 17 juin 2008, *Civ.2, 19 mars 2020, n°18-23782, JCP 2020, G, 677, n°11, obs. M. Billiau.*

créancier libère volontairement le débiteur de tout ou partie de sa dette sans avoir obtenu ce qui lui était dû. Comme le soulignait les anciennes dispositions du code civil qui évoquaient la notion de « *décharge conventionnelle* » (art.1285 et 1287), la remise de dette est un contrat unilatéral. Ce qui se comprend fort bien dans la mesure où le créancier ne saurait mettre fin unilatéralement à un lien de droit qui existe entre deux personnes. La remise de dette requiert l'acceptation du débiteur, même si cette acceptation peut être tacite.

► **Débat actuel** : il existe actuellement une controverse quant au caractère gratuit ou onéreux de la remise de dette. La doctrine est également largement divisée. Certains considèrent ainsi que le créancier doit toujours être animé d'une intention libérale²²⁴.

D'autres, en revanche, estiment que, même si elle se fait toujours sans contrepartie directe, la remise de dette peut intervenir à titre onéreux dès lors que le créancier en tire un avantage²²⁵ :

- soit que la remise s'insère dans une opération plus vaste (transaction, dation en paiement, novation),

- soit que le créancier agisse dans son propre intérêt en allégeant la dette du débiteur pour mieux recouvrer le reste.

Un arrêt semble avoir pris position en faveur du caractère gratuit de la remise de dette. La Cour de cassation a ainsi considéré que « *malgré leur caractère, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement de surendettement prévu par l'anc.art.L.331-6 c.cons. ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 du code civil (ancien)* »²²⁶.

Autrement dit, parce que ce plan a pour but de remédier aux difficultés du débiteur et de lui permettre d'apurer ses dettes, il ne repose pas sur une intention libérale. Le créancier n'admet ses remises que pour sauver une partie de ses droits. **Le caractère onéreux du plan exclue donc la qualification de la remise de dette du code civil.** Cette analyse a suscité des **réserves**. Ainsi, il est fort douteux que par cet

²²³ Pour une illustration et un commentaire assez critique du commentateur, cf Cass.Soc. 3 avril 2019, JCP G 2019, I, Doct.749, obs.G .Loiseau.

²²⁴ Mazeaud & Chabas, *op.cit.*, n°1198 ; Starck, Roland et Boyer, *op.cit.*, n°451.

²²⁵ Carbonnier, *op.cit.*, n°352, Marty & aliii, *op.cit.*, n°310.

²²⁶ Civ.1, 13 nov.1996, B.I, n°401, D.1997, SC, 178, obs D.Mazeaud ; Def.1997, art.36515, p.292 L.Aynès, JCP.1997.II.22780, note P.Mury, RTDCiv.1997.190, obs.P.Crocq. Cette décision étend, aux procédures de règlement amiable, la solution qui existait déjà en matière de procédure de règlement judiciaire (Com.17 nov.1992, B.IV, n°355, D.1993.41, note Vidal.

arrêt la Cour de cassation ait voulu trancher de manière générale le caractère onéreux ou gratuit de la remise de dette. Ensuite, le code civil, lui-même, admet que la remise de dette peut avoir une contrepartie indirecte lorsqu'il prévoit, à l'article 1288 (ancien), les effets de la décharge d'une caution obtenue moyennant une remise de dette. Le débat reste ouvert puisque la chambre commerciale de la cour de cassation a, depuis l'arrêt précité, adopté une solution contraire²²⁷. La réforme ne permet pas de trancher réellement le débat. La doctrine paraît néanmoins admettre aujourd'hui que la remise de dette puisse être réalisée à titre onéreux²²⁸.

Trois points méritent d'être abordés : Les conditions de validité de la remise de dette (1§), la preuve de la remise (2§) et les effets (3§). Elle est envisagée désormais aux articles 1350 à 1350-2 du code civil.

1§ LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA REMISE DE DETTE.

En raison de sa nature conventionnelle, la remise de dette doit répondre aux conditions habituelles de validité des conventions. Elles sont suffisamment connues pour ne pas être rappelées ici, réserve faite des particularités suivantes :

- le consentement :

Comme en matière de renonciation, **la remise de dette ne peut se présumer**. Le consentement doit donc être clairement exprimé par le créancier et ne doit pas être vicié. On considère que l'acceptation du débiteur peut être tacite.

La remise de dette n'est soumise à aucun formalisme particulier. Les règles de forme propres aux donations (art.931) ne s'appliquent pas même lorsque la remise a lieu à titre gratuit. La règle est classique car on considère que les règles de forme ne s'appliquent pas en matière de donation indirecte ce qu'est la remise de dette²²⁹.

- la capacité:

On considère que la capacité qui est requise dépend de la nature réelle de l'opération qu'emprunte la remise de dette (transaction, dation en paiement ou même renonciation pure et simple). Par exemple, dans le cas de la renonciation, l'opération se rapproche d'une **libéralité indirecte**, la capacité exigée est la capacité de disposer pour l'une, et celle de recevoir à titre gratuit pour l'autre.

²²⁷ Com.5 mai 2004, RTDCiv.2004, 534, obs.P.Crocq.

²²⁸ Dans ce sens par exemple, A.Benabent, *op.cit.*, 17^{ème} éd., n°833 ; M.Julienne, *op.cit.*, n°665.

²²⁹ Une exception existe lorsque la remise de dette est contenue dans un testament. Dans ce cas, le formalisme du testament devra être respecté.

2§ LA PREUVE DE LA REMISE DE DETTE.

La preuve de la remise de dette peut être établie selon les règles du droit commun (A), mais le code civil prévoit une règle particulière s'agissant ici d'une présomption de libération (B).

A. Les modes de preuve de droit commun.

En tant que convention, la preuve de la remise de dette résulte d'un écrit, en vertu de l'article 1359 (anc.art.1341) du code civil, pour tout acte d'un montant supérieur à 1500€.

Cette règle reçoit exception dès lors qu'il existe un commencement de preuve par écrit, une impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, une valeur inférieure à 1500€ et en matière commerciale.

B. La présomption de libération du débiteur en cas de remise du titre.

Lorsque le créancier remet volontairement son titre de créance au débiteur, la loi présume qu'il a été payé, ou alors qu'il a fait une remise de dette à son débiteur. **La remise volontaire du titre vaut donc présomption de libération pour le débiteur** (art.1342-9). Cette règle est raisonnable dans la mesure où s'il se dessaisit, c'est qu'il n'a plus besoin de son titre et donc que son obligation est éteinte.

Il convient de préciser successivement les conditions (1), la force (2) et l'objet de cette présomption (3).

1) Les conditions de la présomption.

Le jeu de la présomption est subordonné à certaines conditions :

- la remise doit avoir été faite **par le créancier** (ou représentant) au débiteur (ou représentant).
- la remise doit être **volontaire** : On estime que la remise doit avoir été faite sciemment et librement par le créancier afin de libérer le débiteur. Le fait qu'il détienne le titre ne signifie pas nécessairement qu'il y ait remise volontaire car le débiteur pourrait l'avoir obtenu par fraude, ruse ou erreur. Néanmoins, en cas de détention, il convient de présumer que la remise lui a été faite volontairement. La jurisprudence considère même qu'il suffit que le débiteur ait détenu, un temps, le titre même s'il l'a depuis détruit.

- le remise doit avoir eu pour objet le *titre original sous signature privée* ou la *copie exécutoire du titre de sa créance* (art.1349-2). C'est ainsi que la simple remise d'une copie de l'acte authentique ne fait pas présumer la libération du débiteur. De même si plusieurs originaux ont été dressés, le débiteur ne pourra pas se prévaloir de sa libération dès lors qu'il ne détient pas tous les originaux²³⁰.

2) La force de la présomption.

Avant la réforme, la force de la présomption dépendait de la **nature du titre**²³¹.

L'article 1342-9 du code civil modifie cette situation puisque désormais la **présomption de libération est simple** que la remise du titre par le créancier porte sur l'original sous signature privée ou sur la remise de la copie exécutoire d'un acte authentique.

3) L'objet de la présomption.

La remise du titre fait présumer la libération du débiteur. Pourtant une question demeure, celle de **savoir à quel titre la libération est intervenue : est-ce au titre d'un paiement ou d'une remise de dette**²³² ? L'intérêt de la question est important. En effet, il est parfois utile de savoir à quel titre cette libération a eu lieu car le paiement et la remise de dette ne produisent pas les mêmes effets.

La **règle** est que **celui des intéressés qui invoque, l'un ou l'autre des modes de libération, doit le prouver**. Conformément au principe *actori incumbit probatio*, c'est sur lui que pèse la charge de la preuve. On considère que **la preuve peut se faire par tous moyens**.

Exemples :

²³⁰Civ.1, 21 oct.1975, B.I, n°284.

²³¹ S'il s'agissait d'un **acte sous seing privé, la présomption était irréfragable** (anc.art.1282). En effet, dans ce cas, le créancier s'est dessaisi du seul moyen de faire valoir sa créance. Il est donc impossible d'imaginer qu'il n'ait pas considéré sa créance comme éteinte. **Si la créance était constatée dans un acte notarié en minute**, il convenait de distinguer : 1) soit, il remettait une **expédition**, cette remise n'entraînait **aucune présomption** car rien n'empêchait le créancier de s'en faire délivrer une autre. Il avait donc encore la possibilité de faire valoir ses droits. 2) soit, il remettait **la copie exécutoire (la grosse)**, dans ce cas il faisait jouer une **présomption simple de libération**. En effet, le créancier pourra démontrer que malgré cette remise, il n'avait pas l'intention de libérer le débiteur (anc.art.1283). Cette **présomption n'était pas irréfragable** car le créancier après s'être dessaisi de la copie exécutoire avait toujours la possibilité d'obtenir une simple expédition. Mais cette présomption avait une nature simple dans la mesure où l'obtention d'une nouvelle copie exécutoire n'était possible qu'après la réalisation de formalités compliquées. N'ayant plus de copie exécutoire, il était donc très probable, mais pas certain, que le débiteur ait été libéré.

²³² A lire l'ancien art.1283 du code civil, la présomption semblait devoir être alternative puisque la libération pouvait résulter tantôt d'un paiement, tantôt d'une remise de dette.

- Un débiteur qui considère avoir payé une dette inexistante et souhaite agir en répétition de l'indu ; devra prouver le mode de libération par **paiement**. S'il y a eu remise de dette, aucune répétition ne serait possible.
- A l'inverse, un créancier qui invoquerait une **remise de dette** à titre gratuit pour faire valoir une cause de révocation de la donation, devra prouver cette remise. S'il y a eu paiement, il n'y a pas de possibilité de révocation.

3§ LES EFFETS DE LA REMISE DE DETTE.

L'effet essentiel de la remise de dette réside dans **l'effet libératoire** (art.1350). La remise de dette emporte **l'extinction de la dette avec ses accessoires** et la **libération du débiteur envers le créancier**. L'effet extinctif s'étend ainsi à l'ensemble de la dette ou une partie selon que la remise aura été totale ou partielle.

Hormis ces effets, les effets de la remise de dette ont des conséquences particulièrement notables en cas de pluralité de débiteurs ou de cautions.

En cas de **pluralité de débiteurs**, et notamment de débiteurs solidaires, la remise accordée à l'un des codébiteurs libère en principe les autres à concurrence de sa part (art.1350-1).

En matière de **cautionnement**, la remise consentie au débiteur principal va libérer les cautions même solidaires (art.1350-2 al.1, anc.art.1287). Il n'y a là que la conséquence du caractère accessoire de la caution, car cette dernière ne peut pas être liée lorsqu'il n'y a plus de débiteur principal.

En revanche, la remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part (art.1350-2 al.2).

Par ailleurs, ce que le créancier reçoit d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et **décharger le débiteur principal à proportion** (art.1350-2 al.3). Les autres cautions ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part.

FIN DU COURS

TABLE DES MATIÈRES

Titre III : L'extinction des obligations	1
CHAPITRE I : L'EXTINCTION PAR SATISFACTION DU CREANCIER.....	2
<i>SECTION I : L'EXTINCTION PAR SATISFACTION DIRECTE</i>	<i>2</i>
<i>SOUS-SECTION I : L'EXTINCTION VOLONTAIRE DE L'OBLIGATION : LE PAIEMENT .</i>	<i>3</i>
1§ LES REGLES GENERALES A TOUS LES PAIEMENTS.....	4
A. Les conditions du paiement.	4
1) Les conditions relatives aux parties.	4
2) Les conditions relatives à l'objet.	6
3) Les conditions relatives aux circonstances.	8
B. Les incidents de paiement.....	9
1) La mise en demeure du créancier.	9
2) L'opposition au paiement.	11
C. La preuve du paiement.	11
D. Les effets du paiement.....	12
2§ LES REGLES SPECIALES AU PAIEMENT DES OBLIGATIONS DE SOMME D'ARGENT.....	14
A. Les instruments de paiement.....	15
B. L'indexation conventionnelle.....	16
C. Les modes de paiement.	18
<i>SOUS-SECTION II : L'EXTINCTION CONTRE LA VOLONTE DU DEBITEUR</i>	<i>20</i>
1§ LES MOYENS D' ACTIONS DU CREANCIER CONTRE LE DEBITEUR.	20
A. Les mesures préparatoires.....	20
B. Les mesures d'exécution forcée.....	21
1) Les conditions générales du recours à l'exécution forcée.....	22
2) Les modalités proprement dites de l'exécution forcée.	24
2§ LES MODALITES D' ACTION DU CREANCIER CONTRE LES TIERS.....	30
A. L'action oblique.	30
1) Les conditions d'application.....	30

2) Les effets de l'action oblique.	32
B. L'action paulienne.	33
1) Les conditions de l'action paulienne.	34
2) Les effets de l'action paulienne.	38
SECTION II : L'EXTINCTION PAR SATISFACTION INDIRECTE DU CREANCIER.....	38
1§ LA COMPENSATION.	39
A. La compensation légale.....	40
1) Les conditions de la compensation légale.	40
2) Les effets de la compensation légale.	45
B. La compensation conventionnelle et judiciaire.	48
1) La compensation conventionnelle.	48
2) La compensation judiciaire.	49
2§ LA DATION EN PAIEMENT.	51
A. Le régime juridique.	52
B. La nature juridique de la dation en paiement.	53
3§ LA CONFUSION.....	54
A. Les conditions.....	55
B. Les effets de la confusion.....	55
1) Le principe.	55
2) Les nuances au principe.	56
4§ LA NOVATION.....	58
A. Les conditions.....	58
1) La succession de deux obligations différentes.....	59
2) L'intention de nover.	64
B. Les effets.	65
1) L'inopposabilité des exceptions.	65
2) L'extinction des sûretés.....	65
CHAPITRE II : L'EXTINCTION SANS SATISFACTION DU CREANCIER.....	66
SECTION I : LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE.	66
1§ LES CONDITIONS DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE.....	68
A. La durée du délai.	69

1) La prescription trentenaire.	70
2) La prescription décennale.	70
3) La prescription quinquennale	71
B. Les règles de calcul du délai.	72
1) Le point de départ du délai.	72
2) La computation du délai.....	73
C. La suspension et l'interruption du délai.	74
1) La suspension de la prescription.	74
2) L'interruption du délai.....	75
2§ LES EFFETS DE LA PRESCRIPTION.	77
A. Les règles de droit commun.	77
B. L'apparition de règles particulières nouvelles.	79
<i>SECTION II : LA REMISE VOLONTAIRE DE DETTE.</i>	<i>80</i>
1§ LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA REMISE DE DETTE.	82
2§ LA PREUVE DE LA REMISE DE DETTE.....	83
A. Les modes de preuve de droit commun.	83
B. La présomption de libération du débiteur en cas de remise du titre.....	83
1) Les conditions de la présomption.	83
2) La force de la présomption.	84
3) L'objet de la présomption.	84
3§ LES EFFETS DE LA REMISE DE DETTE.....	85